Das erlaubte Börsentermingeschäft in Wertpapieren zwischen einem Börsenmündigen und einem Börsenunmündigen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

vorgelegt von

Walter Hübschmann

Referendar am Königl. Landgericht Chemnitz.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1915.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Voraussetzungen der von Anfang an vorhandenen und der nachträglich durch Erfüllungsannahme eintretenden Rechtswirksamkeit 5

§ 2. Die Voraussetzung der von Anfang an vorhandenen Rechtswirksamkeit 5

1. Die Voraussetzung der Sicherheitsbestellung . . . 5

a) Empfänger der Sicherheit.

b) Geber der Sicherheit.

c) Gegenstand der Sicherheitsleistung.

d) Die Form der Sicherheitsleistung.

2. Die Folgen der rechtswirksamen Sicherheitsleistung 18

a) Für den Besteller der Sicherheit.

b) Für den Empfänger der Sicherheit.

3. Die Befriedigung aus der Sicherheit 21

a) Im Falle der Verpfändung.

b) Im Falle der Sicherheitsübereignung.

§ 3. Die Voraussetzung der nachträglich durch Erfüllungsannahme eintretenden Rechtswirksamkeit 24

1. Die Vorbedingungen der Mangelheilung 25

a) Die vereinbarte Leistung muß von dem einen Teil an den anderen Teil bewirkt sein.

b) Der andere Teil muß bei oder nach der Fälligkeit sein Einverständnis mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung erklärt haben.

2. Die Mangelheilung und ihre rückwirkende Kraft . 33

Seite

II. Die verschiedenen Erfüllungsmöglichkeiten 35

§ 4. Die freiwillige und die unfreiwillige Erfüllung . . . 35

1. Leistung auf Grund des Geschäfts 35

a) Begriff der Leistung im allgemeinen.

α) Insbesondere Einschüsse.

β) Nachschüsse.

γ) Vorprämie.

δ) Wechsel und Schecks.

b) Folgen der Leistung.

2. Die einseitig erklärte Aufrechnung 44

a) Voraussetzung derselben und ihre Anwendung.

b) Die zur Aufrechnung zu verwendende Forderung.

c) Die Gegenforderung.

3. Die vertragsmäßige Aufrechnung, insbesondere im Kontokorrent 49

§ 5. Vereinbarungen zum Zwecke der Erfüllung von Schulden aus Börsentermingeschäften 57

1. Die Wirkung im allgemeinen 57

2. Verschiedene Arten solcher Vereinbarungen . . . 57

a) Das Schuldanerkenntnis.

b) Das prozessuale Anerkenntnis.

c) Der Vergleich.

d) Der Schiedsvertrag.

e) Eingehung von Wechselverbindlichkeiten.

f) Umwandlung einer ungültigen Terminschuld in eine anderer Art.

g) Auf Sicherheitsleistungen gerichtete Versprechen.

3. Die Wirkung im einzelnen 62

4. Vereinbarungen mit Dritten 64

§ 6. Auftrag und Vereinigung zum Abschluß von Börsentermingeschäften 66

1. Börsenterminaufträge 67

Seite

2. Vereinigungen 68
3. Rechtsfolgen 70
a) Beim Auftrag und der auftraglosen Geschäftsführung.
b) Bei der Vereinigung.

§ 7. Die Auslandsgeschäfte 75
1. Das Prinzip 75
2. Die Anwendung des deutschen Rechts 77
3. Vollzug ausländischer Urteile und Schiedssprüche aus Börsentermingeschäften im Inlande 78

III. Der Spiel- und Differenzeinwand gegen Ansprüche aus den hier fraglichen Börsentermingeschäften . . 81

§ 8. Allgemeines 81
1. Spiel 81
2. Differenzgeschäft 81

§ 9. Der Spieleinwand beim offiziellen Börsentermingeschäft 84
1. Die Voraussetzung des Ausschlusses des Spieleinwandes 84
a) Ein offizielles Börsentermingeschäft muß es sein, nicht
b) ein ausländisches Geschäft.
2. Rechtslage der offiziellen Börsentermingeschäfte gegenüber dem Spieleinwand 90

§ 10. Der Spieleinwand beim inoffiziellen Börsentermingeschäft 93
1. Allgemeines 93
2. Rechtslage der inoffiziellen Börstentermingeschäfte gegenüber dem Spieleinwand 93

§ 11. Schlußbetrachtung 96

Literaturverzeichnis.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts Dresden Bd. 23.

Apt, Das Börsengesetz und seine Reform. Berlin 1901.

Apt, Börsengesetz. 5. Aufl. Berlin 1909. (zit.: Apt.)

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Berlin.

Bernstein, Das Börsengesetz. Leipzig 1910.

Conrad u. a., Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. Bd. 3: Artikel über Börsenrecht und Börsenwesen. Jena 1909.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs. Berlin 1909.

Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (zit.: OLG.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Mannheim und Leipzig 1913.

Ehrenberg, Rich., Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung. Berlin 1883.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. (zit.: RG.)

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Göppert, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren. Berlin 1914.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hahn, Das deutsche Handels- und Seerecht. 3. Aufl. Berlin 1909.

Hemptenmacher, Börsengesetz. 2. Aufl. Berlin 1908.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Strohal und Dr. Ehrenberg, Bd. 59 und 60.

Juristische Wochenschrift. (zit.: JW.)

Kahn, Börsengesetz. 2. Aufl. München 1909.

Kommissionsbericht: Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 12. Legislaturperiode 1. Session Bd. 247, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Aktenstück Nr. 847. (zit.: KommBer.)

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. (zit.: LZ.)

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912.

Motive (Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung des Börsengesetzes, dem Reichstage vorgelegt am 22. November 1907. Berlin, Carl Heymanns Verlag, Verlags-Archiv 4362).

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1899.

Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz. München 1910.

Oehlmann, Die juristische Behandlung und die wirtschaftliche Bedeutung der Effektentermingeschäfte. Hannover 1911.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1910.

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1913. (zit.: Komm. d. RGRäte.)

Rehm u. a., Kommentar zum Börsengesetz. Berlin 1909. (zit.: Neukamp.)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 13. Aufl. Leipzig 1908.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl., Nachtrag betr. die Börsentermingeschäfte, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und die Differenzgeschäfte. Berlin 1909. 9. Aufl. Berlin 1912/13.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. Bd. 2 Teil 1 u. 2 und Bd. 3. München-Berlin 1912.

Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10. Aufl. Tübingen 1911 und 1913.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt. (zit.: ZHR.)

Einleitung.

§ 1.

Börsentermingeschäfte sind Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waren oder Wertpapiere, welche auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist nach typischen Geschäftsbedingungen geschlossen werden, sofern die Waren oder Wertpapiere einen Terminpreis haben.[1]) Danach sind als Merkmale eines Börsentermingeschäfts zu fordern: ein Kauf- oder kaufähnliches Geschäft im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB., ein Zeitgeschäft (Fixgeschäft) auf seiten des Verkäufers, das Vorhandensein von typischen, schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Bedingungen, und schließlich das Vorhandensein eines Terminpreises, der sich an der Börse infolge des Zusammenwirkens und Zusammentreffens der Börsenbesucher gebildet hat, wenn auch keine Preisnotierung stattgefunden haben sollte.[2]) Die Eigentümlichkeit des Börsentermingeschäfts besteht in seiner Beziehung zu einem Terminmarkt, auf dem jeder-

---

[1]) Lehmann § 174 S. 760ff.; Hahn 3. Kap. S. 278.

[2]) RG. Bd. 44 S. 113, Bd. 47 S. 112, Bd. 52 S. 180/81.

zeit ein völlig gleiches Geschäft als Gegengeschäft oder Erfüllungsgeschäft abgeschlossen werden kann, und auf dem sich für solche Geschäfte Preise und Usancen bilden, die die gleichzeitige Abwicklung großer Mengen von Geschäften durch Überweisung und Verrechnung ermöglichen und bezwecken. Gleich dem alten Börsengesetz v. 22. 6. 1896 unterscheidet auch das neue Börsengesetz v. 8. 5. 1908 nach ihrer rechtlichen Wirksamkeit zwischen erlaubten und verbotenen Börsentermingeschäften, d. h. solchen, die weder durch das Gesetz noch durch den Bundesrat verboten sind (§§ 53—62), und denen, die durch das Börsengesetz oder den Bundesrat verboten sind (§§ 63—68); es ist aber auf eine Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts selbst nach dem Vorgange der österreichischen Gesetze v. 1. 4. 1875 u. 4. 1. 1903 betr. die Organisierung der Börse, verzichtet.[1]) Sowohl in der Begründung[2]) wie in den Kommissionsberatungen wurde betont, daß sich bestimmte Geschäftsformen für das Börsentermingeschäft nicht vorschreiben lassen, und daß selbst die Börsenenquetekommission zu einer Begriffsbestimmung nicht zu gelangen vermochte.

Die erlaubten Börsentermingeschäfte sind entweder offizielle (§ 50) oder inoffizielle (§ 51). Erstere bedürfen der Zulassung durch den Börsenvorstand zum Börsenterminhandel und zur Benutzung der Börseneinrichtungen

---

[1]) Göppert S. 46 ff.

[2]) Mot. S. 10.

und müssen nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sein; letztere sind solche, die weder vom Gesetz noch vom Bundesrat verboten sind, aber den für die offiziellen Börsentermingeschäfte gegebenen Vorschriften nicht genügen.

Die erlaubten Börsentermingeschäfte sind nun weiter entweder beiderseitig verbindlich oder einseitig verbindlich oder unverbindlich.

Beiderseitig verbindlich sind solche zwischen im Handelsregister eingetragenen Vollkaufleuten, Bank- und Börsenleuten sowie Auslandsbewohnern, von Bernstein „Außensassen“ genannt (§ 53).[1])

Diesen Personen wohnt volle Börsentermingeschäftsfähigkeit inne, sie werden daher von Lehmann u. a. „börsenmündig“ genannt; im Gegensatz zu den nicht Börsentermingeschäftsfähigen, auch Außenseiter genannt. Die Börsenmündigkeit wird also nicht mehr wie im alten Börsengesetz durch einen Willensakt, das Sicheintragenlassen in das Börsenregister, erworben, sie ergibt sich vielmehr grundsätzlich aus dem Gesetz selbt, das die drei genannten Klassen unterscheidet. Unverbindlich sind grundsätzlich solche Börsentermingeschäfte, bei denen beide Vertragschließenden nicht börsenmündig sind. Ist nur ein Teil börsenmündig, so ist das Ge-

[1]) Die Bezeichnung „Ausländer“ ist nicht genau zutreffend, weil es, wie Jacusiel in LZ. 1908 S. 574/75 mit Recht hervorhebt, auf die Staatsangehörigkeit nach § 53 Abs. 2 Nr. 2 nicht ankommt.

schäft gleichfalls grundsätzlich unverbindlich, jedoch mit Ausnahme der im Gesetz vorgesehenen Fälle.

Die Geschäfte dieser letzten Art sollen, soweit sie Wertpapiere betreffen, im nachfolgenden behandelt werden. Es sind hier zu betrachten:

1. Die Voraussetzungen der von Anfang an vorhandenen und der nachträglich durch Erfüllungsannahme eintretenden Rechtswirksamkeit,

2. die verschiedenen Erfüllungsmöglichkeiten,

3. der Spiel- und Differenzeinwand gegen Ansprüche aus solchen Börsentermingeschäften.

I. Die Voraussetzungen der von Anfang an vorhandenen und der nachträglich durch Erfüllungsannahme eintretenden Rechtswirksamkeit.

§ 2.

Die Voraussetzung der von Anfang an vorhandenen Rechtswirksamkeit.

Diese liegt vor, wenn dem nach § 53 Abs. 1 börsenmündigen Teil eine Sicherheit für die Erfüllung des Geschäfts bestellt worden ist (§ 54 BörsG.). Hierher gehört als Hauptfall, daß dem Bankier von seinem Kunden eine Sicherheit geleistet ist.

1. Voraussetzung der Sicherheitsbestellung.

Wie eingangs erwähnt, muß es sich um ein Termingeschäft in Wertpapieren handeln. Den Wertpapieren gelten insoweit nach § 96 BörsG. Wechsel und ausländische Geldsorten gleich. Die letzteren würden nach allgemeinen Rechtsbegriffen eher zu den Waren zu rechnen sein, ihre Bedeutung im Börsenverkehr erfordert es aber, sie in betreff des Börsenterminhandels denselben Vorschriften zu unterwerfen, welche für Wertpapiere

maßgebend sind;[1]) ob das Börsentermingeschäft in Wertpapieren ein offizielles ist, ist aber gleichgültig.

a) Empfänger der Sicherheit muß ein im Handelsregister eingetragener Kaufmann oder ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder Kommunalverbandes, das der Eintragung nach § 36 HGB. nicht bedarf, oder eine im Genossenschaftsregister stehende Genossenschaft sein (§ 53 Abs. 1). Die eingetragenen Genossenschaften mußten besonders aufgeführt werden, weil sie nach § 17 des Genossenschaftsgesetzes nur als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs, nicht auch der Nebengesetze gelten. Ist dagegen der Empfänger keine nach § 53 Abs. 1 des Gesetzes börsentermingeschäftsfähige Person, so findet § 54 keine Anwendung; ebensowenig wenn er ein zu Unrecht eingetragener Kleingewerbetreibender oder Handwerker ist. Hier ist der Grundsatz des § 5 HGB., daß der Dritte, der mit einem zu Unrecht in das Handelsregister Eingetragenen Geschäfte macht, dem Einwand, daß das betreffende Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, nicht ausgesetzt ist, durchbrochen. Kleingewerbetreibende dürfen sich gegen die auf Grund ihrer Eintragung anzunehmende Börsentermingeschäftsfähigkeit darauf berufen, daß ihr Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Der Gegner des eingetragenen Kleingewerbetreibenden, des Sicherheits-

---

[1]) Begr. des Entw. eines Börsengesetzes, Nr. 14 der Drucks. d. RT. 9. LP. IV. Session 1895/96 S. 59.

empfängers, trägt danach die Gefahr, daß die Eintragung auf irriger Beurteilung beruht, er muß sich daher ungeachtet der Eintragung vergewissern, mit wem er sich einläßt. Der Handwerker ist im § 53 Abs. 1 nicht genannt, es ist aber der Schutz des Gesetzes auch dieser Art von Minderkaufleuten nicht zu versagen, da ein Handwerker den Personen gleichgestellt werden muß, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbebetriebes hinausgeht.[1]) Aber nicht nur dem zu Unrecht Eingetragenen steht der Registereinwand zu, sondern auch seinem Vertragsgegner bezw. dessen Rechtsnachfolgern. Insoweit ist also auch nach dem jetzigen Gesetz die Möglichkeit der Verletzung von Treu und Glauben gegeben. Zweifelhaft ist, ob ausländische Kaufleute Empfänger der Sicherheit sein können. Die Fassung des Gesetzes spricht für die verneinende Ansicht; gegenüber Nußbaum[2]) muß darauf hingewiesen werden, daß die Beschränkung auf deutsche Kaufleute volkswirtschaftlich durchaus berechtigt erscheint, weil dadurch die Spekulation börsenunmündiger Personen mit ausländischen Bankiers erschwert wird, was mit Rücksicht auf die vielfachen dadurch entstandenen Verluste nur lebhaft

---

[1]) And. M. Nußbaum S. 255; Neukamp S. 225/26; Heptenmacher S. 185; Bernstein S. 204; Stranz in DJZ. 1908 S. 1149. Wie hier Apt Anm. 4 zu § 53; Staub Anm. 18 zum Exkurs zu § 376 S. 723.

[2]) S. 262.

zu begrüßen ist. Für unsere Ansicht sprechen auch durchaus die Motive.[1])

b) Geber der Sicherheit braucht nicht gerade der Vertragsgegner des Börsenmündigen zu sein, sondern auch ein Dritter kann diese Sicherheit bestellen, wie sich aus dem Wortlaut des § 54 Abs. 1 ergibt, und dieser braucht ebensowenig wie der Vertragsgegner selbst börsenmündig zu sein. Ist dieser aber eine börsenmündige Person, so muß die Sicherheitsbestellung trotzdem den Voraussetzungen des § 54 entsprechen, da die börsenmündige Person ja als Vertragsteil nicht in Betracht kommt, sondern nur der, für den sie die Sicherheit leistet.

c) Als Gegenstände der Sicherheitsleistung sind nur Geld und Wertpapiere, die einen Kurswert haben, zugelassen.

Ausgeschlossen sind damit Verbürgung, Garantieübernahme, Verpfändung von Forderungen, Waren oder Grundstücken, Versicherungspolicen, Ladescheine, Lagerscheine, Sparkassenbücher, wie der Entwurf[2]) besonders betont, um damit die Spekulation nach Möglichkeit einzuengen.

Unter Geld ist Geld im Sinne des geschäftlichen Lebens zu verstehen. Es gehört dahin nicht nur bares Geld, sondern auch usuelles Geld, d. h. alles, was der

---

[1]) S. 28 a. E.

[2]) S. 29.

Verkehr als Zahlungsmittel gelten läßt, also ausländische Münzen, Reichskassenscheine, inländische und ausländische Banknoten; nicht aber Schecks, wenn diese nicht nur als Mittel zur Bargeldzahlung zur gültigen Sicherheitsbestellung führen sollen, Kupons und Wechsel.[1]) Außer Kurs gesetzte Münzen sind nicht Geld, sondern Edelmetall, dieses ist aber nicht als Sicherheit zugelassen.

Der Börsenmündige wird Eigentümer des Geldes,[2]) und der andere Vertragsteil hat nur einen Anspruch auf Leistung des Betrages nach Abwicklung des Geschäftes, wenn von dem Börsenunmündigen, wie es wohl praktischerweise am häufigsten zu geschehen pflegt, dem Bankier das Geld zur Sicherheit übereignet wird (§§ 700, 223 Abs. 2 BGB.), woneben freilich der recht unpraktische und im Hinblick auf den Zinsverlust unwirtschaftliche Fall, daß dem Börsenmündigen an den von ihm zu verwahrenden Geldstücken ein Pfandrecht eingeräumt wird, auch bestehen bleibt In seinen früheren Ausführungen nahm Staub an,[3]) daß auf diesem Wege eine Sicherheitsleistung im Sinne des § 54, weil sie Hinterlegungscharakter habe, nicht erfolgen könne, und daß den gesetzlichen Anforderungen nur eine reguläre Verpfändung entspricht, daß also der Börsenmündige das zur Sicherheit bestimmte Geld in specie übergeben erhalten und

---

[1]) Kahn Anm. 8 zu § 54; dagegen and. A. Apt Anm. 5 zu § 54.

[2]) So auch Apt Anm. 4 zu § 54.

[3]) Nachtrag zur 8. Aufl. Anm. 36 S. 24.

in specie aufbewahren müsse. Die herrschende Ansicht widerspricht dem[1]) und hat sich auch Staub der m. E. nach dem Wortlaute des Gesetzes („Sicherheitsbestellung", „Sicherheitsleistung", nicht Pfandbestellung) durchaus zutreffenden herrschenden Ansicht in seiner neuesten Auflage angeschlossen.[2]) Es ist hier auch in Betracht zu ziehen, daß es gerade der ratio legis entspricht, wenn eine Ausscheidung der Sicherheit aus dem Vermögen des Börsenunmündigen erfolgt, um diesem klar zur Erkenntnis zu bringen, einen wie hohen Betrag er aufs Spiel setzt. Aus diesem Grunde ist auch die Frage, ob der Börsenmündige dem anderen Vertragsteile den zur Sicherheitsleistung erforderlichen Betrag darleihen kann, zu verneinen, da dieser das Bewußtsein haben soll, daß er mit der Sicherheit ein Stück seines Vermögens hergibt. Dieses Bewußtsein würde aber im Falle der Darlehnsgewährung fehlen, zumindest nicht so klar hervortreten.

Als Arten der Sicherheitsleistung kommen sonach die Verpfändung und die Sicherheitsübereignung in Frage.

Zu den Wertpapieren, die einen Kurswert haben — wie § 234 BGB. —, gehören inländische wie ausländische. Daß der Kurs amtlich notiert wird, wird nicht gefordert, es genügt, wenn im freien Verkehr ein

---

[1]) Nußbaum S. 267; Neukamp S. 237/241; Heptenmacher S. 190.

[2]) S. 733 Anm. 37 Exk. zu § 376.

Kurs gebildet wird. Der Ansicht Neukamps,[1]) daß Papiere, die nicht zum Börsenhandel zugelassen sind, „Papiere ohne Börsennotiz", als kurshabende Wertpapiere nicht gelten, kann im Hinblick auf die Erklärung der Regierung in der 1. Kommissionslesung nicht beigetreten werden. Die Worte des Entwurfs: „Wertpapiere, für die ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird", sind in der Kommission durch die Worte: „Wertpapiere, die einen Kurswert haben" ersetzt worden, um vor allem nicht dem schikanösen Einwand Raum zu lassen, daß das Papier zur Zeit der Sicherheitsbestellung keinen „wahren Börsenpreis" gehabt habe. Als kurswerthabend im Sinne von § 54 des Gesetzes — und von § 234 BGB. — haben mithin alle börsengängigen Wertpapiere zu gelten, d. h. die an einer in- oder ausländischen Börse regelmäßig gehandelt werden, und für welche regelmäßig amtliche oder private Preisnotierungen stattfinden.[2]) Bestritten ist sogar, ob Börsengängigkeit der Wertpapiere gefordert werden kann, oder ob es genügt, daß sich nur überhaupt im Handel ein Preis für die Effekten bildet. Letztere Auffassung verteidigt im Gegensatz zur herrschenden, eben dargelegten Ansicht Löwenberg im Bankarchiv.[3]) Für Löwenberg

---

[1]) Anm. 7 zu § 54 S. 236.

[2]) Ebenso Kahn Anm. 8 zu § 54; Apt Anm. 5 zu § 54 S. 179.

[3]) Bd. 10 S. 284.

spricht allerdings, daß die Fassung des Gesetzes das Erfordernis der Börsengängigkeit nicht enthält.

Wie schon angedeutet, können Wechsel, deren Kurse notiert werden, also Devisen, nicht zu den kurswerthabenden Wertpapieren gerechnet werden. Obgleich § 96 die im 2. u. 4. Abschn. des Gesetzes bezüglich der Wertpapiere getroffenen Bestimmungen auch für Wechsel angewendet wissen will, kann man doch nicht sagen, daß im § 54 Abs. 2 eine Bestimmung bezüglich der Wertpapiere getroffen ist, sondern die Bestimmung ist nur bezüglich der Sicherheit getroffen; sie soll nur in einer bestimmten Weise rechtswirksam geleistet werden können.[1])

d) Hinsichtlich der Form der Sicherheitsbestellung ist eine schriftliche oder telegraphische Erklärung gegenüber dem Sicherheitsempfänger vorgeschrieben. Die telegraphische Übermittlung, die sonst, wenn durch das Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist (§§ 126, 127 BGB.), nicht genügt, ist in richtiger Erkenntnis der Notwendigkeit eines im Börsenverkehr oftmals vorkommenden umgehenden Geschäftsabschlusses ausdrücklich zugestanden.

Es kann jedoch im Falle telegraphischer Erklärung die Nachholung der schriftlichen Erklärung gefordert, also auf Vollziehung in schriftlicher Form geklagt

---

[1]) Ebenso Kahn Anm. 8 zu § 54; and. M. Nußbaum S. 263 Anm. Ic, 2 zu § 54.

werden. Die Verurteilung ersetzt dann nach § 894 ZPO. mit Rechtskraft des Urteils die Erklärung. Es muß in dem Schriftstück ausdrücklich erklärt sein, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Borsentermingeschäften dienen soll. Wenn es auch nicht erforderlich ist, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes wirklich gebraucht wird, so darf doch der Sinn der Erklärung darüber keinen Zweifel lassen, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften dienen soll. Der dahingehende Wille muß in der schriftlichen Erklärung seinen vollen und unzweideutigen, nicht erst durch Auslegung zu ermittelnden Ausdruck finden. Eine Bezugnahme auf den in der Urkunde nicht enthaltenen Gesetzestext genügt m. E. nicht, da sich die Absicht, für Verluste aus Börsentermingeschäften Sicherheit zu bestellen, dann nicht aus der Urkunde selbst, sondern aus außerhalb derselben liegenden Tatumständen ergibt.[1]) Es ist aber nicht erforderlich, daß die Sicherheit für das spezielle Geschäft bestellt ist, vielmehr kann sie für alle Verluste bestellt werden, die sich im Laufe einer Geschäftsverbindung zwischen dem Börsenunmündigen und dem Börsenmündigen zu ungunsten des ersteren aus dem Abschluß von Börsentermingeschäften ergeben. Die Erklärung braucht nicht vom Aussteller ganz geschrieben zu sein, es genügt die eigenhändige Unterschrift eines

---

[1]) Ebenso Nußbaum S. 264; Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anhang II S. 429/30 Anm. 95.

gedruckten und vorher gehörig ausgefüllten Formulars, denn die Unterschrift deckt den darüber befindlichen Text (§ 440 Abs. 2 ZPO.).[1]) Die Unterschrift eines Blanketts genügt dagegen nicht, der Aussteller soll seine Erklärung schriftlich vor Augen haben, um ihn auf die Gefahr des Verlustes der Sicherheit aufmerksam zu machen.[2]) Besteht die Sicherheit aus Wertpapieren, so müssen dieselben in der Erklärung nach Gattung und nach Zahl oder nach Gattung und Nennwert bezeichnet sein; nicht erforderlich, aber zulässig ist die Angabe der Nummern und des Zinssatzes. Inoffizielle Gattungsbezeichnungen wie „Lombarden", „Franzosen", „Edison" für die Aktien der Südbahngesellschaft, der Österreichisch-Ungarischen Staatseisenbahngesellschaft und der Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft sind zulässig.[3]) Das Schriftstück darf nichts anderes als die Erklärung der Sicherheitsbestellung enthalten, da das Gesetz will, daß dem Aussteller der Urkunde seine Verpflichtung ohne alles Beiwerk vor Augen trete. Es will die sogen. urkundliche Isolierung der Sicherheitserklärung. Die Urkunde darf auch keine Erklärung etwa derjenigen dritten Person enthalten, die für den Börsenunmündigen

---

[1]) RG. Bd. 73 S. 279.

[2]) Hemptenmacher Anm. 8 zu § 54 S. 191; Nußbaum S. 264; and. M. Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. II S. 430; wie hier auch SeuffArch. Bd. 67 S. 199 f.

[3]) Nußbaum S. 265.

die Sicherheit bestellt.[1]) So dürfen insbesondere Kauf- oder Verkaufsorders oder Erklärungen, wie die, daß die Sicherheit auch für die Forderungen aus anderen Geschäften haften solle, die Bestätigung einer Abrechnung nicht in dem Schriftstück enthalten sein, auch nicht die Ermächtigung zur Verfügung über die bestellte Sicherheit. Sondern dies muß alles in einer besonderen Urkunde geschehen. Dagegen sind Einschränkungen der Sicherheitsleistung auf einen bestimmten Betrag und Erklärungen, die die Sicherheitsbestellung näher bestimmen, zulässig. Der Wortlaut einer allen Forderungen des Gesetzes gerechtwerdenden Sicherheitsbestellungserklärung findet sich bei Staub Anm. 38 Exk. zu § 376 S. 735 Abs. 1: Der . . . Bank bestelle ich hiermit Sicherheit in unten verzeichneten Wertpapieren. Diese Sicherheit soll zur Deckung von Verlusten aus sämtlichen Börsentermingeschäften in Wertpapieren dienen, die ich mit obenbezeichneter Bank abgeschlossen habe und künftig abschließen werde.

Dann folgt die Bezeichnung der Papiere nach Gattung und Stückzahl oder Nennwert, Datum und Unterschrift. Die Erklärung muß gegenüber dem Börsenmündigen abgegeben sein, sie erlangt Wirksamkeit, wenn sie ihm zugeht (§ 130 BGB.). Es genügt die Abgabe vor und bei Abschluß des Geschäfts, es muß aber auch genügen, wenn die Erklärung nach Abschluß des Ge-

---

[1]) And. M. Bernstein S. 238/39.

schäfts erfolgt;[1]) denn das erlaubte Börsentermingeschäft ist heilbar und erfüllbar. Bis zum Abschluß des Börsentermingeschäfts ist die Erklärung widerruflich. Entspricht die Erklärung nicht den vorstehenden Voraussetzungen, so ist sie nichtig. Die Nichtigkeit der Erklärung hat die Nichtigkeit der Sicherheitsbestellung zur Folge. Die Sicherheit kann alsdann zurückgefordert werden, und das ganze Geschäft selbst ist auch für den Börsenmündigen unverbindlich (§ 125 BGB.). Hier gilt der Satz: valet obligatio propter pignus. Man könnte aus dem Wortlaut der §§ 64 Abs. 1, 66 Abs. 1 BörsG., in denen bei verbotenen Börsentermingeschäften die Unwirksamkeit der Sicherheiten ausdrücklich ausgesprochen ist, durch argumentum e contrario schließen, daß die Sicherheiten bei erlaubten Börsentermingeschäften nicht zurückgefordert werden können. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß im Abs. 5 des § 54 hervorgehoben ist, daß die Bestellung der Sicherheit, wenn sie den Formen nicht genügt, nichtig, sonach auch rückforderbar ist. Diese Auslegung gab auch in der 2. Kommissionslesung der Regierungsvertreter auf dahin gestellte Fragen zu dem damaligen § 52.[2])

Den Umtausch der bestellten Sicherheit kann der Besteller nicht fordern. Es findet hier vielmehr die Regel des Pfandrechts Anwendung, daß der Verpfänder

---

[1]) Apt Anm. 4 zu § 54.

[2]) KommBer. S. 5176.

nur dann die Rückgabe des Pfandes verlangen kann, wenn Verderb oder eine wesentliche Minderung des Wertes des Pfandes zu besorgen ist (§ 1218 Abs. 1 BGB.). Die Vorschriften in §§ 232 ff. BGB. — insbesondere § 235 — finden auf die gemäß § 54 geleistete Sicherheit keine Anwendung, da diese lediglich die Regelung der Fälle bezwecken, in denen eine gesetzliche Pflicht oder ein gesetzliches Recht zur Sicherheitsleistung besteht — „wer Sicherheit zu leisten hat" —, und im § 54 weder das eine noch das andere in Betracht kommt.[1])

Die Änderung der bestellten Sicherheit ist stempelsteuerlich ausgezeichnet, im übrigen muß die Umtauscherklärung allen oben aufgezählten Anforderungen der ursprünglichen Erklärung entsprechen. Stempelpflichtig ist die nach § 54 Abs. 2 abgegebene Erklärung im allgemeinen nicht, da Schriftstücke über Geschäfte, die nach Tarifstelle 4 des Reichsstempelgesetzes v. 15. 7. 1909 abgabepflichtig sind (d. h. z. B. Termingeschäfte in Aktien, Obligationen, Renten), nach § 21 Satz 1 dieses Gesetzes landesgesetzlichen Stempelabgaben nicht unterworfen sind. Da nun ein Reichsstempel für Sicherheitsbestellungen als solche nicht besteht, so kann ein etwaiger Landesstempel im Falle des § 54 Abs. 2 nur ausnahmsweise zur Verwendung gelangen, z. B. wenn für ein

[1]) Staub S. 737 Anm. 45 Exk. zu § 376; Nußbaum S. 266/67 und die daselbst zitierte Literatur; wohl auch Neukamp S. 237; and. M. Hemptenmacher S. 190.

Termingeschäft in Wechseln eine Sicherheit bestellt wird, da diese nach Tarifstelle 4 des Reichsstempelgesetzes nicht abgabepflichtig sind, also auch insoweit das Verbot der Doppelbesteuerung nicht Anwendung leidet.[1]) In diesem Falle ist die neue Bestellungserklärung der Sicherheit nur insoweit stempelpflichtig, als der bisherige gesamte Nennwert der Sicherheit überschritten wird. Es entscheidet also der Nennwert, nicht der Kurswert.

2. Die Folgen der rechtswirksamen Sicherheitsleistung.

Ist eine Sicherheit dem Gesetze allenthalben entsprechend bestellt, so hat die damit begründete Rechtswirksamkeit für jeden der beiden Vertragsteile nicht die gleichen Folgen.

a) Der Börsenunmündige haftet nur mit der Sicherheit und nicht darüber hinaus persönlich; die bestellte Sicherheit ist gewissermaßen der bare Einsatz und die Grenze dessen, was von ihm verloren werden kann. Der Börsenunmündige braucht also, wenn er einen durch die Sicherheit nicht gedeckten Betrag schulden würde, diesen Betrag nicht zu bezahlen, da für ihn das Geschäft nur in Höhe der geleisteten Sicherheit rechtswirksam ist, ihm gegenüber ist daher ein darüber hinausgehendes Klagrecht dem Börsenmündigen versagt. Auch ist der Börsenunmündige, wenn die gestellte Sicherheit zur Deckung nicht mehr ausreicht, zur Leistung

[1]) vgl. hierzu Apt Anm. 11 zu § 54.

eines Nachschusses nicht verpflichtet. Denn das Prinzip ist, daß er nicht mehr als den Betrag der Sicherheit, „den Einsatz", verlieren kann.

b) Auf seiten des Börsenmündigen entsteht hingegen eine volle klagbare Verbindlichkeit. Er muß daher dem anderen Vertragsteil, wenn ein höherer Gewinn für diesen ausschlägt, als der Betrag der geleisteten Sicherheit ausmacht, für diesen einstehen. Von dieser Verpflichtung kann sich auch der Börsenmündige nicht etwa dadurch befreien, daß er die Sicherheit nachträglich einseitig zurückgibt oder zu seiner Befriedigung für ein anderes Geschäft verbraucht.[1]) Die Zurückgabe hat nur im Falle der in Form der Verpfändung bewirkten Sicherheitsleistung nach § 1253 BGB. das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge. Im Einverständnis des anderen Vertragsteiles kann die Sicherheit freilich zurückgegeben werden, damit aber wird für den weiteren Geschäftsverkehr die Anwendung des § 54 ausgeschlossen.

Der Börsenmündige braucht jedoch seine Verpflichtung nur so zu erfüllen, wie es dem Geschäft entspricht.[2]) Hieraus folgt zunächst, daß der Börsenmündige gemäß §§ 320, 322 BGB. seine Leistung bis zur Erfüllung der Gegenleistung verweigern, daß er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, und zwar nicht nur im Betrag der geleisteten Sicherheit, sondern auch über diesen hinaus

---

[1]) Mot. S. 29.

[2]) Mot. S. 29; hierzu auch Wildhagen in DJZ. 1907 S. 1280.

vorschützen darf, wenn er von dem Börsenunmündigen in Anspruch genommen wird und dieser seine Verpflichtung nicht gehörig erfüllt, — denn die unter a) hervorgehobene Beschränkung der Haftbarkeit des Börsenunmündigen auf die Sicherheit soll nur sein Risiko im Falle des Verlustes einschränken, aber nicht ihm die Möglichkeit offenlassen, sich in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise auf Kosten des Börsenmündigen zu bereichern, — daß er weiter im Falle des Erfüllungsverzuges des anderen Teils nach § 376 HGB. vom Vertrage zurücktreten kann, sofern er nicht praktischerweise vorzieht, aus der geleisteten Sicherheit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu suchen. Weiter kann er sich ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an der von ihm geschuldeten Leistung bezw. ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht nach Maßgabe von §§ 346 ff. BGB. ausbedingen. Schließlich kann der Börsenmündige den anderen Vertragsteil auch in Annahmeverzug setzen (§§ 293 ff. BGB.) mit den sich daraus ergebenden Folgen (§§ 300—304, 372 ff. BGB. u. § 373 HGB.). Die Folgen des Abnahmeverzugs seitens des Börsenunmündigen können aber nur die Sicherheit, nicht auch sein sonstiges Vermögen ergreifen.

Die in der Literatur bestrittene Frage, ob das Geschäft ein sogen. hinkendes Geschäft, negotium claudicans, sei, ist m. E. dahin zu beantworten, daß man es als ein solches nicht ansprechen kann. Ein solches liegt dann vor, wenn das Geschäft auf Leistung und

Gegenleistung gerichtet ist, und der eine Teil das Recht auf die Leistung erwirbt, ohne auf die Gegenleistung verklagt werden zu können.[1]) Da aber nach den gemachten Ausführungen der Teil, der ein Recht auf Leistung erwirbt, nämlich der Börsenunmündige, auch aus dem Geschäft mit der geleisteten Sicherheit haftet, so kann man nicht sagen, daß überhaupt nur der eine Teil klagbar verpflichtet ist. Denn in Ansehung der bestellten Sicherheit ist auch der andere Teil voll verpflichtet, er ist im Umfange seiner Haftung ebenfalls wirklicher Schuldner mit allen daraus möglichen Folgen. Man wird daher das Geschäft, wie auch die Motive[2]) andeuten, als ein beschränkt verbindliches Termingeschäft bezeichnen können. Denn die Verpflichtung des Börsenunmündigen ist nach Art und Betrag der Realisierungsmöglichkeit beschränkt.[3])

3. Die Befriedigung aus der Sicherheit.

Die Befriedigung aus der Sicherheit ist verschieden, je nachdem eine bloße Verpfändung oder eine Sicherheitsübereignung stattgefunden hat.

a) Im Falle der Verpfändung von Wertpapieren finden die Vorschriften über den Pfandverkauf statt,

---

[1]) Sohm, Institutionen des römischen Rechts § 44 S. 252.

[2]) S. 26.

[3]) Als negotium claudicans wird es angesehen von Kahn Anm. 7 zu § 54; Bernstein S. 240 III Anm. 1; Heptenmacher Anm. 5 zu § 54 S. 189; ähnlich wie hier Nußbaum S. 267; Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. II S. 425 Anm. 88.

insbesondere §§ 1221, 1228 ff., 1233 ff., 1293 ff. BGB., und wenn die Verpfändung auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist, § 368 HGB., wonach an Stelle der in § 1234 BGB. bestimmten einmonatlichen Wartefrist eine solche von einer Woche tritt. Freilich kommt diese letztere Bestimmung in der Regel nicht in Betracht, da der Verpfänder meist kein Kaufmann sein und noch viel weniger im Betriebe seines Handelsgewerbes die Verpfändung vornehmen wird. Liegt dieser Fall jedoch vor, so kommen auch die in § 366 HGB. aufgestellten Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts zur Anwendung. Der Pfandgläubiger erwirbt danach in diesem Falle auch dann ein Pfandrecht, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war und der Pfandgläubiger dies wußte, da sich die Gutgläubigkeit des Pfandgläubigers hier nur auf das Verfügungsrecht des Verpfänders zu erstrecken braucht.

Aus dem durch die Pfandverwertung erzielten Erlöse kann sich der Börsenmündige befriedigen, indem er diesen Betrag auf seine Forderungen an den Börsenunmündigen aus Börsentermingeschäften verrechnet. Hier ist noch zu bemerken, daß dem Börsenmündigen, falls der Börsenunmündige auch Besteller der Sicherheit und nicht Kaufmann ist, an den verpfändeten Wertpapieren ein Zurückbehaltungsrecht wegen etwa sonstiger Ansprüche aus anderen Geschäften an den Börsenunmündigen nicht zusteht, da die Voraussetzungen des § 369 HGB. und § 273 BGB. nicht vorliegen. Ist hingegen, wie oben

unter I b) erwähnt, ein Dritter der Besteller der Sicherheit und dieser ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes ihm gehörige Wertpapiere verpfändet hat — z. B. ein Bankier bestellt für seinen Kunden bei einem anderen Bankier Wertpapiere als Sicherheit —, so kann in einem solchen Falle das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. seitens des Börsenmündigen wegen aller fälligen Forderungen ausgeübt werden, die ihm gegen den Besteller aus beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen.

Ist die Sicherheit in barem Geld geleistet, so kann sich der Börsenmündige nach Fälligkeit seiner Forderung (§ 1228 Abs. 2 BGB.) das Geld aneignen, in diesem Augenblicke findet die Ausgleichung statt. Denn das Geld stellt bereits das geeignete Befriedigungsmittel für den Pfandgläubiger dar, und bedarf es nicht erst des Verkaufs, der ja nichts weiteres ist als die Umwandlung des Pfandobjektes in Geld.[1])

b) Im Falle der Sicherheitsübereignung, in dem der Börsenunmündige eine unmittelbar auf Geld gehende oder doch auf einen Geldbetrag zu bringende Forderung auf Rückgabe eines gleichen Betrags an Geld oder Wertpapieren erwirbt,[2]) erfolgt die Befriedigung des Börsenmündigen dadurch, daß er mit seiner aus dem Börsen-

[1]) So übereinstimmend Staudinger Bd. 3 S. 1035 Anm. 1 zu § 1228; Planck Bd. 3 Anm. 1b zu § 1228; Komm. d. RGRäte Bd. 2 S. 507 Anm. 1 zu § 1228.

[2]) RG. im Bankarchiv Bd. 8 S. 140.

termingeschäft hervorgegangenen Forderung gegen die Forderung des anderen Teils auf Rückzahlung des ihm gutgeschriebenen Betrags aufrechnet. Sind Wertpapiere übereignet, kann event. die Aufrechnung erst dann erfolgen, wenn die Forderung des Börsenunmündigen vertragsgemäß auf einen Geldbetrag zurückgeführt ist.[1])

§ 3.

Die Voraussetzung der nachträglich durch Erfüllungsannahme eintretenden Rechtswirksamkeit (§ 57 BörsG.).

Steht sich ein Börsenmündiger und ein Börsenunmündiger als Vertragspartei gegenüber und ist auch keine Sicherheit geleistet, so ist nach dem bisher Gesagten das Börsentermingeschäft unwirksam. Der Vertrag ist aber darum noch nicht ein Nichts. Das Gesetz spricht nicht von Nichtigkeit, es liegt ein Vertrag mit bestimmten rechtlichen Folgen vor, die zwar die Klagbarkeit nicht einschließen, wohl aber andere rechtliche Wirkungen, so die in § 2 näher dargestellte Realisierbarkeit bestellter Sicherheiten. Die unwirksamen Börsentermingeschäfte erzeugen eine natürliche Verbindlichkeit, und das unverbindliche Börsentermingeschäft kann geheilt werden.[2])

---

[1]) Staub Anm. 45 Exk. zu § 376 S. 738.

[2]) vgl. RG. Bd. 76 S. 84.

1. Vorbedingungen der Mangelheilung.

Die Vorbedingungen der Mangelheilung sind die, daß die vereinbarte Leistung von dem einen Teil vor, bei oder nach der Fälligkeit an den anderen Teil bewirkt worden ist, und daß der andere bei oder nach der Fälligkeit sein Einverständnis mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung erklärt hat, ohne daß es auf die zeitliche Reihenfolge dieser beiden Erfordernisse ankommt.

a) Die Bewirkung der vereinbarten Leistung ist hier entweder die Lieferung der Wertpapiere oder die Zahlung des Kaufpreises. § 57 BörsG. verlangt die tatsächliche Bewirkung einer Leistung, und zwar der Leistung auf Grund des Geschäfts, wie § 55 BörsG. ausspricht. § 57 nimmt zwar § 55 nicht in Bezug, aber die Bestimmung in § 57 kann nur so verstanden werden, da dieser § 57 von der vereinbarten Leistung spricht, und das kann nur eine solche sein, die auf Grund des Geschäfts erfolgt.[1]) Der Gesetzgeber ging hierbei von der Annahme aus, daß, wenn auf Grund des Geschäfts in beiderseitigem Einverständnisse von einer Seite effektiv erfüllt wird, die beiderseitige Absicht, tatsächlich zu erwerben oder zu veräußern, bewiesen ist und es unbedenklich erscheint, die Heilung der Unwirksamkeit dieser Geschäfte, die wirtschaftlich den Kassageschäften gleichkommen, eintreten zu lassen.[2]) Allerdings ist auch

[1]) Ebenso Nußbaum S. 289.

[2]) Mot. S. 30.

darauf hinzuweisen, daß es auf Art und Zweck des Geschäfts nicht ankommt, § 57 schützt die Kapitalanlage wie die Spekulation. Wer die vereinbarte Leistung des anderen als Erfüllung annimmt, soll eben auch deshalb seinerseits erfüllen müssen; hat er bis zu diesem Augenblick von der Möglichkeit, sich von dem Geschäft loszusagen, keinen Gebrauch gemacht, so soll er es — das erfordert die Rücksicht auf die Solidität im Verkehr — auch fernerhin nicht tun dürfen.[1]) Die Frage, ob im einzelnen Falle die vereinbarte Leistung als bewirkt gilt, ist Tatfrage.[2]) Es liegt Bewirkung der vereinbarten Leistung auch dann vor, wenn in beiderseitigem Einverständnis eine andere als die geschuldete Leistung bewirkt wird (§ 364 Abs. 1 BGB.), wenngleich als „Bewirkung der vereinbarten Leistung" grundsätzlich nur die Erfüllung im Sinne von § 362 BGB. zu gelten hat.

Eine Erfüllungsleistung, die im Einverständnis mit dem Gläubiger an einen Dritten (§ 362 Abs. 2 BGB.) oder im Einverständnis mit dem Schuldner von einem Dritten (§ 267 BGB.) vorgenommen wird, steht einer unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner vollzogenen Leistung gleich. Darauf, daß in Person geleistet oder empfangen wird, kommt es für den Zweck des § 57 nicht an.

---

[1]) RG. Bd. 82 S. 182.

[2]) RG. in Warneyers Rspr. 7. Jahrg. 1914 Nr. 308 S. 439/42, insbes. S. 440.

Weiter ist, da nach dem eben Gesagten an Stelle der vereinbarten Leistung kraft Vereinbarung auch eine andere treten kann, auch bei Abschlüssen, die durch Rückkauf der Wertpapiere seitens des Börsenmündigen und Erfüllung der für diesen aus dem Rückkauf erwachsenen Verpflichtung unter Einverständnis des Börsenunmündigen ihre Erledigung gefunden haben, die vorliegende Vorschrift des § 57 anwendbar. Dies kommt in der Praxis beim Reportgeschäft vor.[1]) Mit der Erfüllung der durch den Rückkauf bei diesem Geschäft geschaffenen neuen Verpflichtung macht der Börsenmündige allen seinen Verbindlichkeiten aus dem ersten Geschäft wie aus dem Rückkauf ein Ende, das alte Geschäft ist erledigt, das Vereinbarte ist geleistet.

Die vom Verkäufer zu bewirkende Leistung geht auf Lieferung der gehandelten Wertpapiere, d. h. auf Übertragung des Eigentums und des Besitzes an ihnen auf den Vertragsgegner. Der körperlichen Übergabe nach § 929 BGB. steht die Übergabe durch constitutum possessorium, Abtretung des Herausgabeanspruchs = Vindikationszession und brevi manu traditio grundsätzlich gleich (§§ 870, 930 ff. BGB.). Insbesondere liegt eine heilende Leistung dann vor, wenn der Bankier die gekauften Effekten dem Depot des Kunden einfügt, sei es unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung, sei es durch Nummernaufgabe in Gemäßheit der §§ 3 u. 7 des Depot-

---

[1]) RG. im Recht 1914 Nr. 1337.

gesetzes v. 5. 7. 1896.[1]) Dagegen findet, wenn das Eigentum an den Wertpapieren beim Verkäufer geblieben ist, wenn also z. B. kein Stückeverzeichnis nach § 3 des Depotgesetzes abgesandt worden ist (§ 7 a. a. O.), oder der Verkäufer auf das Stückeverzeichnis verzichtet hat, worin regelmäßig ein Verzicht auf Übertragung des Eigentums liegt, § 57 BörsG. keine Anwendung, da die vereinbarte Leistung, die in der Übereignung besteht, nicht bewirkt worden ist.

Streitig ist, ob durch die „Gutschrift auf Stückekonto" die effektive Bewirkung der vereinbarten Leistung ersetzt wird. Dies wird von Apt,[2]) Nußbaum,[3]) Staub,[4]) Neukamp[5]) verneint. Durch diese Gutschrift auf Stückekonto bekennt der Bankier lediglich, dem Kunden Wertpapiere eines bestimmten Betrages zu schulden, es liegt also ein nach § 59 BörsG. unverbindliches Schuldanerkenntnis vor, die Übernahme einer neuen Verpflichtung. Diese ist aber keine Leistung im Sinne der Vorschrift von § 57 des Gesetzes. Mit Recht hat daher auch Staub die früher von ihm vertretene entgegengesetzte Auffassung[6]) in seiner neuen Auflage aufgegeben und sich der herrschenden angeschlossen.

---

[1]) vgl. hierzu RG. Bd. 52 S. 181, Bd. 63 S. 16, Bd. 76 S. 81.

[2]) S. 189 Anm. 2 zu § 57.

[3]) S. 289.

[4]) S. 739 Anm. 47 Exk. zu § 376.

[5]) S. 251 Anm. 6 zu § 57.

[6]) Nachtrag Anm. 45 S. 29.

Da unbedingtes Erfordernis der Heilung die effektive Leistung und nicht nur etwa ein Leistungsversprechen ist, so ist auch die bloße Gutschrift oder Belastung des Kaufpreises im Kontokorrent keine heilende Leistung, aber auch das Saldoanerkenntnis, wenn in ihm unklagbare Ansprüche berücksichtigt sind, ist noch keine Leistung; eine Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist frühestens die Zahlung des Saldos, und zwar auch nur dann, wenn der in der Saldozahlung liegende Verrechnungsakt sich als Leistung auf das einzelne konkrete Geschäft darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Schuld aus dem Geschäft durch Verrechnung mit einer vollgültigen Forderung oder durch Zahlung getilgt ist. Eine etwas davon abweichende Ansicht vertritt Nußbaum.[1])

Ebensowenig ist die Hingabe eines Wechsels, wenn der Zahlungspflichtige am Fälligkeitstage in Bargeld zu leisten hat, die Bewirkung der vereinbarten Leistung. Durch die Annahme oder Indossierung eines Wechsels von seiten des Käufers erhält der Verkäufer noch nicht die Zahlung des Kaufpreises. Auf seiten des Käufers verbleibt noch eine Verbindlichkeit; die vereinbarte Leistung des Kaufpreises ist daher noch nicht endgültig bewirkt. Damit steht auch die Erklärung im Einklang, die von dem Vertreter der Staatsregierung in der 1. Kommissionslesung auf von einem Kommissionsmitglied ge-

---

[1]) ZHR. Bd. 72 S. 74.

äußerte Bedenken hin, daß zwischen § 57 und § 59 ein Widerspruch bestünde, gegeben worden ist. Dieser äußerte sich dahin, daß eine Antinomie zwischen § 57 und § 59, der die Eingehung einer Verbindlichkeit, also auch einer Wechselverbindlichkeit, zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus Börsentermingeschäften beschränke, ebensowenig wie zwischen § 762 Abs. 1 Satz 2 und § 762 Abs. 2 BGB. bestünde. Denn wie oben schon betont, bezieht sich § 57 nur auf solche Geschäfte, die durch Lieferung der Wertpapiere und durch Zahlung des Kaufpreises effektiv abgewickelt werden.[1])

Der effektiven Erfüllung steht dagegen eine effektive Hinterlegung des Kaufgegenstandes oder des Kaufpreises nach § 372 BGB. gleich, soweit ihr nach § 378 a. a. O. die Wirkungen der Erfüllung zukommen. Dieser Fall wird z. B. praktisch, wenn der Börsenunmündige sich gegenüber dem Börsenmündigen, dem eine Sicherheit nach Maßgabe von § 54 BörsG. bestellt worden ist, prinzipiell mit der Effektiverfüllung einverstanden erklärt, die Annahme der angebotenen bestimmten Wertpapiere jedoch ablehnt (§ 293 BGB.), er sich also im Annahmeverzug befindet und hierauf der Börsenmündige die Wertpapiere unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt; dann wird das bisher einseitig verbindliche Börsentermingeschäft von Anfang an vollverbindlich, er kann sich also der Klage auf den Kaufpreis gegen-

[1]) KommBer. S. 5159.

über nicht auf seine Börsentermingeschäftsunfähigkeit berufen. Anderer Ansicht ist Nußbaum,[1]) nach dem die Hinterlegung den Tatbestand des § 57 BörsG. nicht erfüllt, weil hier die Leistung an den Vertragsgegner verlangt wird; dem Erfordernis wäre erst dann genügt, wenn die Hinterlegungsstelle die Hinterlegungsmasse an den Gläubiger abgeführt hat.

Bei Teilleistungen ist das Geschäft zu einem verhältnismäßigen Betrage als verbindlich zu betrachten, vorausgesetzt, daß die Teilleistung sich auf einen selbständig darstellbaren Teil des Geschäfts bezieht. Aus der Fassung des Gesetzes: „die“ vereinbarte Leistung könnte man schließen, daß eine Teilerfüllung überhaupt keinerlei heilende Wirkung nach sich ziehe. Aber diese Folgerung würde gerade diejenigen wirtschaftlichen Nachteile, denen das Gesetz durch die Heilung zu begegnen sucht, hinsichtlich des effektiv erfüllten Teilquantums bestehen lassen;[2]) die weitergehende Ansicht Neukamps,[3]) der auch bei einer Teilleistung die vollständige Heilung des ganzen Geschäfts eintreten lassen will, erscheint nicht gerechtfertigt; auch das Reichsgericht[4]) hat Bedenken gegen diese Ansicht ausgesprochen.

---

[1]) ZHR. Bd. 72 S. 60.

[2]) Apt Anm. 2 zu § 57 S. 190; Staub Anm. 47 Exk. zu § 376 S. 740; Cosack § 101 S. 377 ff.

[3]) S. 251 Anm. 9 zu § 57.

[4]) Bd. 82 S. 178.

b) Die Einverständniserklärung im Sinne von § 57 BörsG. ist eine einseitige, formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit der Erfüllungsannahme zusammenfallen kann, aber mit ihr nicht zusammenfallen muß. Sie kann bei oder nach der Fälligkeit erfolgen, die vor der Fälligkeit erfolgende ist jedoch wirkungslos.

Sie kann sowohl schriftlich — auch telegraphisch — wie mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Daß Stillschweigen genügt, ist zumal nach der Entscheidung des Reichsgerichts[1]) v. 29. 3. 1911 jetzt herrschende Meinung.[2]) Mit Recht geht das oberste Gericht davon aus, daß, wenn das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung verlangt haben würde, es dies ebenso wie im § 54 Abs. 2 auch hier zum Ausdruck gebracht hätte. So ist insbesondere in einem Falle, in dem der Bankier seinem Kunden, dem Börsenunmündigen, das Stückeverzeichnis gesandt oder ihm mitgeteilt hat, daß er die Stücke in sein Depot genommen hätte, und dieser nicht unverzüglich oder innerhalb der in etwaigen Geschäftsbedingungen festgesetzten Frist widerspricht, stillschweigendes Einverständnis des Börsenunmündigen anzunehmen.[3]) Auch schließt die Anerkennung des Saldos

---

[1]) Bd. 76 S. 81/85.

[2]) Nur Oehlmann S. 61 Anm. 11, dessen Ausführungen aber durch die zitierte Reichsgerichtsentscheidung überholt sind, ist entgegengesetzter Ansicht.

[3]) Staub Anm. 47 Exk. zu § 376 S. 739; Kahn Anm. 1 zu § 57; and. M. Danz S. 77—84 § 17; Neukamp S. 252 Anm. 11 zu § 57.

die Einverständniserklärung des § 57 stillschweigend in sich.[1])

Die Einverständniserklärung muß von dem forderungsberechtigten gegenüber dem leistungsverpflichteten Vertragsteil abgegeben werden.

2. Die Mangelheilung und ihre rückwirkende Kraft.

Das Geschäft gilt als von Anfang an (ex tunc) verbindlich. Es ist nun genau so zu behandeln, wie wenn es von vornherein zwischen börsenmündigen Personen abgeschlossen worden wäre. Es erlangt also mit rückwirkender Kraft beiderseitige Verbindlichkeit, deren praktischste Folge die ist, daß der Teil, dessen Leistung noch aussteht, im Klagewege zu deren Bewirkung gezwungen werden kann.[2]) Die Wirkung erstreckt sich auch auf alle Nebenabreden, mit Ausnahme der Schiedsgerichtsklausel (§ 28 BörsG.) und auf das Erfüllungsversprechen im Sinne von § 59 BörsG. Auch akzessorische Rechtsgeschäfte, sowohl Pfandbestellung wie Bürgschaften, werden wirksam. Die Vorschriften in §§ 767 Abs. 1 Satz 3 und 1210 Abs. 1 Satz 2 zugunsten des Bürgen bezw. des Drittverpfänders finden keine Anwendung, da, wie Bernstein[3]) mit Recht hervorhebt, durch die Einverständniserklärung des Schuldners mit der Effektiverfüllung die Verpflichtung desselben nicht

[1]) RG. Bd. 82 S. 179.

[2]) vgl. Mot. S. 30.

[3]) S. 254.

erweitert, sondern nur die Bedingung erfüllt wird, unter der sich kraft Gesetzes die natürliche in eine vollwirksame Verbindlichkeit verwandelt. Wie auch aus der Entstehungsgeschichte von § 767 BGB. zu entnehmen ist, muß unter dem Rechtsgeschäft, das den Bürgen nicht bindet, jede spätere neu hinzutretende vertragliche Abänderung der Hauptverpflichtung verstanden werden, die sich nicht als Verminderung derselben darstellt. Der Bürge muß sich aber Erweiterungen gefallen lassen, die aus dem Hauptschuldverhältnis von innen heraus erwachsen, die nicht seinem Bestande von außen her hinzugefügt worden sind.[1]) Um eine solche von innen heraus erwachsene, im Rahmen der ursprünglichen Abrede selbst liegende, nach Treu und Glauben naturgemäße Entwicklung des Vertragsverhältnisses handelt es sich aber im Falle des § 57 BörsG. Das gleiche gilt für den Drittverpfänder.

Eine gemäß § 54 BörsG. bestellte Sicherheit verliert durch die Konvaleszenz des Börsentermingeschäfts ihre Bedeutung für die Rechtswirkung des Geschäfts, denn das ursprünglich nur beschränkt verbindliche Börsentermingeschäft wird mit der Erfüllung unbeschränkt verbindlich.

---

[1]) OLG. Bd. 6 S. 450; Staudinger Bd. 2 Teil 2 Anm. 4 zu § 767 S. 1503; Komm. d. RGRäte Bd. 1 Anm. 2 u. 3 zu § 767 S. 706/07.

II. Die verschiedenen Erfüllungsmöglichkeiten.

§ 4.
Die freiwillige und die unfreiwillige Erfüllung.

Ist eine der in §§ 2 u. 3 angeführten Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit des Geschäfts nicht vorhanden, so ist doch eine Art von freiwilliger und eine von unfreiwilliger Erfüllung des an sich unwirksamen Geschäfts zugelassen, da Leistungen, die auf Grund des Geschäfts bewirkt sind, nicht zurückgefordert werden können (§ 55 BörsG.) und Forderungen aus unverbindlichen Börsentermingeschäften zur Aufrechnung gegen Börsentermingeschäftsforderungen verwendet werden können (§ 56 BörsG.).

1. Leistung auf Grund des Geschäfts.

Nicht rückforderbar ist nur die Leistung „auf Grund des Geschäfts“. Die Fassung des Entwurfs war entsprechend dem § 66 Abs. 4 des früheren Gesetzes „das bei oder nach Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung Geleistete“. Durch die in der zweiten Kommissionslesung erfolgte gegenwärtige Fassung — in Anlehnung an § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB. — wird klar-

gestellt, daß auch das vor völliger Abwicklung des Geschäfts Geleistete nicht zurückgefordert werden hann. Dadurch ist sowohl das Moment der Abwicklung des Geschäfts, das in der Praxis zu Zweifeln Anlaß gab,[1]) wie das des Erfüllungszweckes beseitigt, und der Anlaß der Leistung als das ausschlaggebende Moment in den Vordergrund gestellt.

a) Eine wirksame Leistung liegt nur dann vor, wenn der Schuldner dadurch ganz oder zum Teil von seiner Schuld endgültig befreit wird. Es ist darunter nicht bloß die Zahlung zu verstehen, sondern jede Übereignung eines Vermögenswertes, also auch die Hingabe an Zahlungsstatt, sofern dadurch das Rechtsverhältnis beider Parteien endgültig erledigt wird. Die Leistung kann auch mittelbar erfolgen, indem der Schuldner dem Gläubiger gestattet, sich durch Veräußerung von Effekten bezahlt zu machen, und ist dann mit der Veräußerung und der Empfangnahme der Zahlung durch den Gläubiger die Leistung bewirkt.[2]) Ob die Erfüllungsleistung unmittelbar an den Gläubiger oder mit dessen Einverständnis an einen Dritten erfolgt (§ 362 Abs. 2 BGB.), ob sie unmittelbar vom Schuldner oder durch einen Dritten bewirkt wird (§ 267 BGB.), macht für die Anwendbarkeit des § 55 keinen Unterschied.

Die Leistung braucht, wie gesagt, nicht durch Barzahlung zu erfolgen, auch die vertragsmäßige Aufrech-

[1]) vgl. hierzu Düringer im Bankarchiv Bd. 7 S. 115.

[2]) So auch Staub Anm. 48 Exk. zu § 376 S. 741.

nung — unten unter III — ist eine Leistung, die der Rückforderung entzogen ist.

Keine Leistungen im Sinne dieser Gesetzesvorschrift sind dagegen Schuldanerkenntnis, Schuldversprechen, Einräumung einer Sicherungshypothek, Pfandbestellung. Insbesondere ist keine Leistung im Sinne von § 55 eine geleistete Sicherheit. Sie ist unwirksam, sofern sie nicht den Bestimmungen des § 54 allenthalben entspricht. In der zweiten Kommissionslesung wurden Bedenken geltend gemacht, daß die Rückforderung einer nach § 54 bestellten Sicherheit durch die Bestimmung in § 55 ausgeschlossen werde. Dagegen wies mit Recht der Vertreter der Regierung darauf hin, daß § 55 von den Wirkungen einer auf Grund „des Geschäfts" bewirkten Leistung, d. h. auf Grund des Börsentermingeschäfts als solchen handele, dagegen § 54 von den Wirkungen einer auf Grund eines mit dem Börsentermingeschäft verbundenen Pfandbestellungsvertrages bewirkten Leistung.[1]) Überdies spricht auch m. E. der Wortlaut des Gesetzes, das in beiden Paragraphen in dem Gebrauche des Wortes „Geschäft" übereinstimmt, gegen die Berechtigung dieser Ansicht aller Kommissionsmitglieder, und würde, wenn die gegenteilige Auslegung des § 55 Platz griffe, der § 54, der die Rückforderbarkeit einer Sicherheit nur für gewisse Arten von Geschäften unter eng formulierten Voraussetzungen zuläßt, völlig gegenstandslos sein (vgl. auch oben in § 2 I d).

[1]) KommBer. S. 5176.

Im einzelnen ist noch zu erwähnen:

α) Der sogen. Einschuß, die zwecks Begründung eines Aktivpostens im Kontokorrent erfolgende Zahlung, wird teils als rückforderbar, teils als nicht rückforderbar erachtet. Die eine Richtung in der Literatur, Staub,[1] Düringer-Hachenburg, Hemptenmacher, behandeln ihn als eine Sicherheitsleistung und nicht als eine Erfüllungsleistung, da noch gar nicht feststehe, daß der, der den Einschuß eingezahlt habe, überhaupt einen Verlust erleidet, also eine Zahlung auf das Geschäft zu machen hat; der Einschuß ist also nach dieser Ansicht kondizierbar.

Eine andere Richtung, vertreten von Nußbaum,[2] will die Willensrichtung des Einzahlenden entscheiden lassen, ob dieser nämlich mit der Absicht der Erfüllung einer etwa später entstehenden Schuld oder mit der Absicht bloßer Sicherheitsleistung gezahlt hat. Diese Auffassung findet aber keinerlei Stütze im Gesetze, und es ist ihr auch entgegenzuhalten, daß wohl nur der allergeringste Teil der einen Einschuß zahlenden Personen darüber einen bestimmten Entschluß faßt, daß der von ihm gezahlte Betrag als Sicherung oder als Vorauszahlung dienen soll.

---

[1]) Staub Anm. 49 Exk. zu § 376 S. 742; Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. II Anm. 111 S. 438; Hemptenmacher Anm. 1 zu § 55 S. 194.

[2]) S. 275.

Es wird hier der Ansicht der anderen Kommentatoren, wie Apt,[1]) Kahn,[2]) Neukamp,[3]) gefolgt, die den Einschuß als nicht rückforderbar erachten. Es ist dabei m. E. zu betonen, daß der Einschuß in der Regel als eine Vorschußzahlung auf das abzuschließende Börsentermingeschäft anzusehen ist, als eine Zahlung auf eine noch nicht zur Entstehung gelangte Schuld zum Zwecke eventueller Erfüllung. Dies ist nach der jetzigen Rechtsprechung durchaus möglich.[4]) Daß der Einschuß auch sehr oft gleichzeitig als Sicherung für den Empfänger dienen soll, hebt seinen Charakter als Vorschuß nicht auf. Hiernach ist aber der Einschuß nicht kondizierbar. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch neuerdings Breit in ZHR.,[5]) das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 30. 6. 1909[6]) und Lehmann.[7])

β) Für die Nachschüsse gilt dasselbe wie das über die Einschüsse Gesagte. Hier ist es zumeist noch leichter erkenntlich, daß sie als Zahlungen auf eine Schuld geleistet sind, da sie in den häufigsten Fällen auf Verlust zur Verminderung einer Schuld bewirkt worden sind.[8])

---

[1]) Anm. 2 zu § 55 S. 183.

[2]) Anm. 1 zu § 55 S. 270.

[3]) Anm. 6 zu § 55 S. 245.

[4]) vgl. Urteil des RG. v. 1. 3. 1912 in JW. 1912 S. 684/85.

[5]) Bd. 72 S. 442 ff.

[6]) Bankarchiv Bd. 9 S. 27/28.

[7]) § 174 S. 760 ff.

[8]) Ähnlich auch Staub Anm. 52 Exk. zu § 376 S. 744.

γ) Bei dem Vorprämiengeschäft, bei dem der Käufer das Recht hat, gegen Gewährung einer besonderen Vergütung, der sogen. Vorprämie, von dem Vertrage zurückzutreten, ist die gezahlte Vorprämie, wenn sie unter allen Umständen dem Verkäufer verbleiben soll, als auf Grund des Geschäfts geleistet zu betrachten und daher nicht rückforderbar, auch wenn das Börsentermingeschäft selbst unwirksam ist, denn die Prämienzahlung ist — nach wohl jetzt herrschender Ansicht (so Staub, Düringer-Hachenburg) — Reugeldzahlung und als solche stets eine Leistung auf Grund des Geschäfts. Dieser Ansicht ist jetzt auch das Reichsgericht,[1]) ebenso Nußbaum.[2])

δ) Die Hingabe von Wechseln und Schecks kann Erfüllung sein, muß es aber nicht sein.

Das bloße Akzept des Terminschuldners ist lediglich die Eingehung einer Verbindlichkeit zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem Börsentermingeschäft. Eine solche Vereinbarung ist aber nach § 59 BörsG. ebenso unverbindlich wie das Börsentermingeschäft selbst, der Wechsel kann deshalb zurückgefordert bezw. der Klage des Börsentermingeschäftsgläubigers aus dem Wechsel die Einrede entgegengesetzt werden, daß die Schuld auf einem rechtsunwirksamen Börsentermingeschäft beruhe. Gibt dagegen der Gläubiger den Wechsel weiter,

---

[1]) Bd. 79 S. 406 ff.

[2]) S. 275.

so ist der gutgläubige Erwerber gegen eine solche Einrede durch Art. 82 WO. geschützt. Hier taucht aber weiter die Frage auf, wann in diesem Falle eine freiwillige Zahlung — und nur eine solche ist eine Leistung im Sinne des Gesetzes (oben 1 a) — anzusehen ist. Diese ist nicht schon dann gegeben, wenn, wie Neukamp,[1]) Nußbaum[2]) annehmen, die mit Einwilligung des Terminschuldners erfolgte Weiterbegebung seines Akzeptes und die Empfangnahme der Valuta seitens des Termingläubigers vorliegt.[3]) Denn diese Zustimmung zur Weiterbegebung des Akzeptes gegenüber dem Termingläubiger ist allenfalls als ein für den Schuldner nach § 59 BörsG. unverbindliches Zahlungsversprechen und Schuldanerkenntnis anzusehen, und die Zahlung der Valuta an den Termingläubiger seitens des Indossatars nicht als eine endgültige Leistung des Terminschuldners, da es in der Schwebe bleibt, ob der Termingläubiger das erhaltene Geld behalten darf, oder ob er es, falls der Terminschuldner den Wechsel nicht einlöst, zurückerstatten muß.[4]) Daher kann der Termingläubiger, wenn er den weitergegebenen Wechsel im Regreßwege eingelöst hat, den Terminschuldner auf Grund der Zustimmung zur Wechselbegebung nicht in Anspruch nehmen, und kann

---

[1]) Anm. 12 zu § 55 S. 246.

[2]) S. 276/77.

[3]) vgl. hierzu RG. Bd. 77 S. 277 ff.

[4]) So auch Urteil des OLG. Hamburg v. 27. 11. 1909 im Bankarchiv Bd. 9 S. 267.

andererseits dieser, falls er vom Dritterwerber aus dem Wechsel in Anspruch genommen wird, die gezahlte Wechselsumme nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. vom Termingläubiger kondizieren und vor der Einlösung des Wechsels vom Termingläubiger die Befreiung von der dem Dritten gegenüber entstandenen Wechselverpflichtung beanspruchen. Einen Anspruch auf Ersatz der Kosten, die dem Terminschuldner im Prozesse mit dem Dritterwerber erwachsen sind, hat er aber nur dann, wenn der Termingläubiger den Wechsel nur deshalb weitergegeben hat, um dem Terminschuldner seine Einwendungen abzuschneiden und sich dadurch einen ihm nicht zukommenden Vermögensvorteil zu verschaffen (§ 826 BGB.), denn nach Maßgabe der für die Bereicherung geltenden Vorschriften kann er ihn nicht geltend machen.[1]) Nach alledem ist eine freiwillige Zahlung des Terminschuldners dann anzunehmen, wenn aus seinem Verhalten zur Zeit der Zahlung an den Dritten der Schluß gezogen werden muß, daß er mit der Befriedigung des Termingläubigers einverstanden ist.[2])

Wechsel, die auch andere Unterschriften wie die des Terminschuldners tragen, können wie jedes andere Vermögensstück an Zahlungsstatt hingegeben werden, es liegt dann eine Leistung im Sinne von § 55 vor, und der dritte Wechselverhaftete kann sich nicht etwa darauf

---

[1]) vgl. hierzu RG. Bd. 51 S. 360, Bd. 56 S. 321.

[2]) So auch Staub Anm. 53 Exk. zu § 376 S. 744.

berufen, daß der Wechselberechtigte das Papier auf Grund eines unverbindlichen Börsentermingeschäfts erhalten hat.

Das über die Wechsel Gesagte gilt auch in entsprechender Weise für die Schecks.

b) Wenn eine unter den vorstehenden Voraussetzungen wirksame Leistung erfolgt ist, kann sie aus dem Grunde, weil nur der eine Teil börsenmündig ist, das Geschäft an sich also unwirksam ist, nicht zurückgefordert werden, wohl aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, so, wenn die Rückforderung beispielsweise auf Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung, auf Handlungsunfähigkeit des Vertragschließenden gestützt wird. So ist insbesondere die Anfechtung wegen Irrtums über die Börsenmündigkeit des Vertragsgegners (§ 119 Abs. 2 BGB.) denkbar. Dabei ist zu beachten, ob der Irrtum des Anfechtenden für den Vertragsabschluß kausal war, hiergegen spricht stets der Umstand, wenn der Anfechtende in größerem Umfange mit Börsenunmündigen in Kenntnis dieser Tatsache Börsentermingeschäfte abschließt. Die Anfechtung wird aber stets dann gegeben sein, wenn der Börsenunmündige glaubte, einem soliden Bankgeschäft gegenüberzustehen, während er es tatsächlich mit einem sogen. bucket-shop zu tun hatte.[1]) Eine Rückforderung aber, die lediglich darauf gestützt

---

[1]) Bernstein S. 220 a. E. und Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anm. 64 zu § 400 S. 680.

wird, daß der Leistende nicht gewußt hat, es lägen ungültige Börsentermingeschäfte vor, ist nicht begründet, da § 55 BörsG. ebenso wie sein Vorbild, § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB., wie die Motive hierzu Bd. 2 S. 644 hervorheben, über § 814 BGB. hinausgreift.[1])

Schließlich ist hier noch auf den großen Unterschied zwischen den beiden Vorschriften in §§ 55 u. 57, die sich nebenbei bemerkt auch auf die hier nicht zu behandelnden Börsentermingeschäfte in Waren und auch auf Fälle, in denen beide Kontrahenten nicht börsenmündig sind, beziehen, hinzuweisen. Im Falle des § 57 tritt, wie früher näher ausgeführt (§ 3, 2), eine vollständige Gültigkeit des ursprünglich unwirksamen Geschäfts ein, während im Falle des § 55 trotz der auf Grund des Geschäfts erfolgten Leistung das Börsentermingeschäft an und für sich nach wie vor unwirksam bleibt, die Leistung kann nur nicht als Erfüllung einer Nichtschuld zurückgefordert werden; denn es liegt eine natürliche Verbindlichkeit vor, eine klaglose, aber zahlbare Obligation.

2. Die einseitig erklärte Aufrechnung.

Die wirksam einseitig erklärte Aufrechnung (§ 56 BörsG.) schließt ebenfalls die Rückforderung aus.

a) Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit sind wie im Bürgerlichen Gesetzbuch Fälligkeit und Gleichartig-

[1]) Mugdan Bd. 2 S. 360; DJZ. 1904 S. 80, Urteil des LG. I Berlin v. 25. 4. 1903.

keit von Forderung und Gegenforderung (§ 387 BGB.). Es kann also z. B. der Gläubiger mit einer auf Lieferung von Wertpapieren gerichteten Forderung gegenüber der Geldforderung des Schuldners nicht aufrechnen. Nach dieser Bestimmung können weiter nur klagbare Forderungen zur einseitigen Aufrechnung verwendet werden. Zur Vermeidung von unerträglichen Folgen hat das Börsengesetz aber in der vorliegenden Bestimmung eine Ausnahme gemacht, indem es in Anlehnung an einige Fälle im römischen Recht und den Satz Ulpians in D. 16, 2, 6: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem, die Aufrechnung mit einer unverbindlichen Terminforderung zugelassen hat. Diese Bestimmung kann in mehreren Fällen praktisch werden, so

a) wenn der Börsenunmündige gemäß § 54 BörsG. dem Börsenmündigen eine Sicherheit geleistet hat. Hier sind die Terminschulden des Börsenmündigen zwar in voller Höhe verbindlich, für seine Terminforderungen dagegen kann er sich nur in Höhe der gestellten Sicherheit befriedigen. Für den ungedeckten Überschuß ist für ihn keine Forderung begründet, dieser ist aber nach der Bestimmung in § 56 zur Aufrechnung geeignet gegen Ansprüche des Börsenunmündigen an den Börsenmündigen aus anderen Börsentermingeschäften. Diese Vorschrift bezweckt also, daß der Börsenunmündige Bezahlung seiner Gewinne vom Börsenmündigen ohne Rücksicht auf seine gleichfalls, und zwar aus anderen Börsentermingeschäften herrührenden Terminschulden nicht

fordern, sondern daß der Börsenmündige auch wider den Willen des Börsenunmündigen sich für seine unklagbaren Forderungen durch Aufrechnung befriedigen kann, und wenn diese noch die verbindlichen Terminforderungen des Börsenunmündigen übersteigen, erst wegen dieses überschießenden Betrages auf die Sicherheit, sofern sie allgemein zur Deckung von Verlusten aus Börsenterminegeschäften bestellt ist, angewiesen ist. Die einseitige Aufrechnung ist nicht, wie Hemptenmacher[1]) annimmt, auf diesen Fall beschränkt, wenn auch dieser wohl der wichtigste und in der Praxis am häufigsten vorkommende ist. Es gibt aber auch noch andere Fälle, so wenn

β) ein unverbindliches Termingeschäft durch Erfüllungsannahme nach § 57 BörsG. geheilt ist und andere unverbindliche daneben bestehen bleiben. Durch die Konvaleszenz entsteht eine klagbare Forderung, gegen die von der Gegenseite mit einer nicht klagbaren Forderung aus einem der anderen unverbindlichen Börsentermingeschäfte aufgerechnet werden kann.

γ) Weiter können verbindliche und unverbindliche Börsentermingeschäfte unter denselben Parteien dann vorkommen, wenn diese im Laufe der Geschäftsverbindung ihre Börsenmündigkeit verloren haben oder an Stelle der Börsenunmündigkeit Börsenmündigkeit getreten ist.

---

[1]) Anm. 1 zu § 56 S. 195.

δ) Schließlich ist auch möglich, daß der Schuldner der verbindlichen Terminforderung eine unverbindliche Terminforderung gegen seinen Gläubiger durch Abtretung erwirbt und zur Aufrechnung bringt. Die Zulässigkeit der Abtretung einer solchen unverbindlichen Terminforderung als einer Naturalobligation ist zwar nicht unbestritten, aber mit der herrschenden Ansicht, so Planck, Schollmeyer, Windscheid-Kipp, zu bejahen.[1]) Dieser Abtretung kann der Einwand der Arglist auch dann nicht entgegengesetzt werden, wenn sie zu dem Zwecke, die Möglichkeit der Aufrechnung herbeizuführen, erfolgt ist.[2])

b) Die zur Aufrechnung zu verwendende Forderung muß aus einem erlaubten Börsentermingeschäft herrühren, sie umfaßt auch die Provision, Zinsen, Kurtage und Stempel. Dagegen kommen Forderungen aus Kassageschäften nicht in Betracht, auch nicht aus anderen Börsentermingeschäften, deren Unklagbarkeit auf einem anderen Rechtsgrund beruht als auf §§ 52—54, oder deren Nichtigkeit auf allgemein wirkenden Nichtigkeitsgründen, wie Handlungsunfähigkeit der Parteien, beruht.

c) Die Gegenforderung muß gleichfalls aus einem Börsentermingeschäft herrühren, also nicht beispielsweise eine Forderung aus Darlehen, dem Giro- oder Depositenverkehr sein. Gegen den Anspruch auf Rückgabe einer

---

[1]) vgl. Staudinger Bd. 2 Teil 1 Anm. 2 c β zu § 398 S. 449/50 und Komm. d. RGRäte Bd. 1 Anm. 2 zu § 398 S. 413.

[2]) So auch Staub Anm. 58 Exk. zu § 376 S. 747.

Sicherheit findet diese Aufrechnung auch nicht statt, da dieser nicht ein Anspruch aus einem Börsentermingeschäft, sondern einem mit diesem verbundenen Nebengeschäft ist. Streitig ist, ob die Gegenforderung eine klagbare sein muß. Nach überwiegender Meinung, so Neukamp,[1]) Kahn,[2]) Düringer-Hachenburg,[3]) muß sie aus einem verbindlichen Börsentermingeschäft herrühren, da es sonst zur Entkräftung der Forderung nicht erst der Aufrechnung bedürfe, für diese also weder Rechtsgrund noch Veranlassung gegeben sei. Diese fußen auf der in den Motiven ausgesprochenen Ansicht, daß unter Forderungen aus Börsentermingeschäften im Sinne des § 56 nur klagbare Ansprüche zu verstehen seien.[4]) Der Wortlaut des Gesetzes, „Forderungen aus Börsentermingeschäften", zwingt aber keineswegs zu dieser engen Auslegung, auch führt diese nur unter Umständen zu einem recht unbilligen Ergebnis, wie ein solches z. B. Staub[5]) darlegt. Hätte z. B. aus Börsentermingeschäften B gegen A eine wirksame Forderung von 15000 Mk., eine unwirksame Forderung von 10000 Mark, andererseits A gegen B eine unwirksame Forderung von 10000 Mk., so könnte nur A gegen B mit 10000 Mk. gegen 15000 Mk. aufrechnen, dagegen nicht

---

[1]) Anm. 3 zu § 56 S. 248.

[2]) Anm. 2 zu § 56.

[3]) Bd. 3 Anh. II Anm. 121 S. 443.

[4]) Mot. S. 30.

[5]) Anm. 56 Exk. zu § 376 S. 746.

B mit seinen 10000 Mk. gegen A; B würde also von A nur 5000 Mk. erhalten, weil wohl dieser seine ungültige Forderung gegen ihn, nicht aber B eine Forderung gleicher Art gegen A durch Aufrechnung verwerten könnte. Weiter würde es im Falle des § 54 bei Annahme dieser restriktiven Auslegung dem Börsenunmündigen auch nicht möglich gemacht, eine bestellte Sicherheit durch Aufrechnung mit Forderungen aus Geschäften, für welche er dem Börsenmündigen keine Sicherheit nach § 54 gestellt hat, zu befreien. Dies kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, und man wird daher mit Staub sowohl eine wirksame als auch eine unwirksame Forderung als Gegenforderung zulassen müssen.[1])

3. Die vertragsmäßige Aufrechnung, insbesondere im Kontokorrent.

Wie die Motive hervorheben,[2]) wird durch die Bestimmung in § 56 die vertragsmäßige Aufrechnung nicht berührt. Diese ist ebensowenig an die Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB. wie die des § 56 BörsG. gebunden.

Der praktisch wichtigste Fall der vertragsmäßigen Aufrechnung ist die Gesamtaufrechnung durch Saldoziehung und -anerkennung im Kontokorrent. Der Kontokorrentvertrag ist der Vertrag über Geschäftsverbindung mit einem Kaufmann derart, daß die infolge der Ge-

[1]) Ähnlich auch Nußbaum Anm. I b zu § 56 S. 287.

[2]) S. 30.

schäftsverbindung gemachten gegenseitigen Leistungen verzinst und in Rechnung gestellt werden, so daß nur der für den einen Teil sich ergebende Überschuß, der Saldo, in regelmäßigen Zeitabschnitten ausgeglichen wird (§ 355 Abs. 1 HGB.). Geschuldet werden soll nur der Saldo, nicht der einzelne in die Rechnung aufgenommene Schuldposten. Die Streitfrage, inwieweit das Saldoanerkenntnis novatorischen Charakter hat oder nicht, kann hier unerörtert bleiben, hier kommt es lediglich auf andere Wirkungen des Kontokorrentanerkenntnisses an, nämlich einmal hat das Anerkenntnis die Bedeutung eines Anerkenntnisses des gefundenen Saldos als Schuld und dann die Bedeutung einer vertragsmäßigen Aufrechnung der Einzelposten. Dies ist jetzt im Einklang mit dem Reichsgericht[1]) die herrschende Ansicht; anderer Ansicht ist hauptsächlich Neander Müller und Cosack.[2]) Die Aufrechnung wird nicht bewirkt durch einseitiges Einstellen der Terminschulden und der aufzurechnenden Gegenposten seitens des Termingläubigers in das Kontokorrent, sondern erst durch die Genehmigung des anderen Teils. Solange der Saldo nicht festgestellt ist, hat eine Aufrechnung nicht stattgefunden. Durch die Genehmigung des Saldos wird auch die Genehmigung des Einstellens in das Kontokorrent zur Aufrechnung erteilt.[3])

---

[1]) Bd. 56 S. 23, Bd. 59 S. 192.

[2]) § 88 S. 335 ff.

[3]) RG. Bd. 56 S. 19 ff.

Gleichen sich bei der Saldoziehung nun Kredit- und Debetposten aus, so sind die beiderseitigen Ansprüche gemäß dem Aufrechnungsvertrage aufgerechnet, sie sind durch diese vertragsmäßige Aufrechnung, d. h. Erfüllung im Sinne von § 55 BörsG., getilgt, eine Zurückforderung der zur Aufrechnung gestellten Beträge ist also ausgeschlossen.

Soweit das Kontokorrent aber einen Saldo ergibt, so sind verschiedene Möglichkeiten gegeben.

1. Besteht das Kontokorrent lediglich aus unverbindlichen Börsentermingeschäften, so ist zwar das Saldoanerkenntnis nach § 59 BörsG. unwirksam, aber die vertragsmäßige Aufrechnung ist wirksam. Denn die unverbindliche Forderung aus Börsentermingeschäften ist nicht aller rechtlichen Macht entkleidet,[1]) sie ist erfüllbar.[2])

2. Besteht das Kontokorrent teils aus verbindlichen, teils aus unverbindlichen Börsentermingeschäften, so ist das Anerkenntnis des Passivsaldos nur zu dem Betrage wirksam, welcher sich ergibt, wenn der Teil abgezogen wird, der wegen der unverbindlichen Forderungen hinfällig ist. Dabei ist davon auszugehen, daß durch die Aufrechnung, deren Ergebnis der Saldo ist, jeder Passivposten, also auch aus einem unverbindlichen Börsentermingeschäft, als verhältnismäßig getilgt zu betrachten

---

[1]) RG. Bd. 76 S. 84.

[2]) And. M. Nußbaum Anm. VIIa zu § 55 S. 280.

ist, und zwar zu einem Bruchteile, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passivposten und dessen Zähler der Gesamtbetrag der Aktivposten ist (sogen. verhältnismäßige Aufrechnung). Dieses auf den Bestimmungen in §§ 396, 366 Abs. 2 BGB. fußende Prinzip der verhältnismäßigen Aufrechnung ist jetzt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts das herrschende.[1]) Diesem folgt der Text. Danach sind die unwirksamen Forderungen als getilgt anzusehen im Verhältnis der Gesamtsumme der Debet- zu der Gesamtsumme der Kreditposten. Der wirksame Betrag des Passivsaldos ergibt sich also dadurch, daß von dem Passivsaldo der Posten aus unwirksamen Geschäften multipliziert mit dem Verhältnis der Gesamtsumme der Debet- zu der Gesamtsumme der Kreditposten abgezogen wird. Hat z. B. A aus verbindlichen Börsentermingeschäften 10 000 Mk., aus unverbindlichen Börsentermingeschäften 20 000 Mk., B aus verbindlichen Börsentermingeschäften 60 000 Mk., aus unverbindlichen 30 000 Mk. zu fordern, und hat A den Saldo von 60 000 Mk. anerkannt, so werden B's Forderungen aus verbindlichen und aus unverbindlichen Börsentermingeschäften im Verhältnis von 10 000 + 20 000 : 60 000 + 30 000, also von 1 : 3 getilgt, d. h. die verbindlichen mit 20 000 Mk., die unverbindlichen mit 10 000 Mk. Im Saldo von 60 000 Mk. sind mithin ent-

[1]) Bd. 56 S. 24, Bd. 59 S. 194. Die Theorie bekämpft Neander Müller im Bankarchiv Bd. 3 S. 29 u. 88, ihr tritt dagegen bei Trumpler in ZHR. Bd. 50 S. 488–490.

halten 40 000 Mk. verbindliche und 20 000 Mk. unverbindliche Forderungen. Diese an sich einfache Berechnung wird dadurch komplizierter, daß auch die Zinsposten, Provisionsforderungen und dergl. von der verhältnismäßigen Aufrechnung betroffen werden, und daß jeder Saldovortrag in seine wirksamen und unwirksamen Bestandteile zerlegt werden muß, selbst wenn so bis zum Anfang der Geschäftsverbindung zurückgegangen werden muß.

3. Besteht das Kontokorrent aus verbindlichen und unverbindlichen Börsentermingeschäften und aus sonstigen Posten, so ist wiederum, wie unter 2., eine Verhältnisrechnung zur Ermittelung der in dem Saldo von den drei verschiedenen Geschäftsarten enthaltenen Beträge aufzumachen.

4. Besonders sei noch der Fall erwähnt, in dem bei Bestellung einer Sicherheit nach § 54 BörsG. ein Kontokorrentverhältnis zwischen dem Börsenmündigen und dem Börsenunmündigen besteht und sich ein Saldo ergibt. Hier kommt es dann darauf an, ob der Saldo durch die Sicherheit gedeckt ist.

Enthält das Kontokorrent auch Posten aus Nichtbörsentermingeschäften, so kann der Börsenunmündige, wenn er den Saldo noch nicht anerkannt hat, Widerspruch dagegen erheben, daß der Börsenmündige seine, des Börsenunmündigen, Forderungen aus Nichtbörsentermingeschäften zur Aufrechnung verwendet, denn der

Börsenmündige ist nur berechtigt, sich aus der Sicherheit zu befriedigen.

Ist nun bei der Abrechnung — nach Anerkennung des Saldos — für den Börsenunmündigen ein Aktivsaldo verblieben, so ist dieser vollgültig, da die Forderungen des Börsenunmündigen gegen den Börsenmündigen, und zwar auch diejenigen aus Börsentermingeschäften bei Leistung einer Sicherheit, vollwirksam sind. Ergibt sich dagegen für den Börsenunmündigen ein Passivsaldo, so ist dieser insoweit wirksam, als er auf Forderungen aus zu ihrer Wirksamkeit einer Sicherheitsleistung nicht bedürfenden Nichtbörsentermingeschäften beruht, und zwar auch ohne daß er durch Leistung einer Sicherheit gedeckt ist. Bei der Ermittelung dieses Teilbetrags des Saldos ist von dem bereits erwähnten Grundsatz der verhältnismäßigen Aufrechnung auszugehen. Er ist demzufolge nach Abzug der Posten aus Börsentermingeschäften multipliziert mit dem Verhältnis der Gesamtsumme der Debet- zu der Gesamtsumme der Kreditposten auch ohne Sicherheit wirksam. Hat z. B. der Börsenmündige 12 000 Mk. aus einem Börsentermingeschäft und 8000 Mk. aus einem Darlehen vom Börsenunmündigen zu fordern, dieser dagegen vom Börsenmündigen 10 000 Mk. aus Börsentermingeschäften, und ist Sicherheit von diesem in Höhe von 2000 Mk. gestellt, so ist der Saldo von 10 000 Mk. nur in Höhe von 4000 Mk. $(10\,000 - 12\,000 \cdot \frac{10\,000}{20\,000})$ auch ohne

Sicherheit wirksam, bezüglich des Restes von 6000 Mk. ist der Börsenmündige auf die Sicherheit von 2000 Mk. angewiesen, so daß er einen Ausfall von 4000 Mk. erleidet. Würden hier die Forderungen aus anderen Geschäften auf ein besonderes Konto gebracht sein, so hätte der Börsenmündige an den Börsenunmündigen eine vollwirksame Forderung von 8000 Mk., während er für die Forderung aus Börsentermingeschäften (12 000 — 10 000 Mk.) in Höhe von 2000 Mk. durch die Sicherheit voll gedeckt wäre.

Es ist daher nicht zu leugnen, daß diese Art der Aufrechnung bisweilen zu recht unbefriedigenden Ergebnissen führt, trotz alledem hat aber die Rechtsprechung stets an der verhältnismäßigen Aufrechnung festgehalten. Es ist aber den Parteien unbenommen, eine anderweite Verrechnung zu vereinbaren, insbesondere eine solche, bei der zunächst die aus Börsentermingeschäften stammenden Posten gegeneinander aufzurechnen sind.

An den Regeln der verhältnismäßigen Aufrechnung ist, wie auch eingangs unter Hinweis auf die Motive erwähnt, durch die Bestimmung in § 56 BörsG. nichts geändert.[1]) Die Behauptung Neukamps,[2]) daß durch diese Bestimmung der Praxis des Reichsgerichts in bezug auf die verhältnismäßige Aufrechnung insoweit der

[1]) So auch Danz S. 51 § 11.

[2]) Anm. 5 zu § 56 S. 248 ff. und im Bankarchiv Bd. 7 S. 210.

Boden entzogen sei, als nunmehr auch im Kontokorrent mit an sich unverbindlichen Börsentermingeschäften in voller Höhe aufgerechnet werden könne, ist deshalb nicht zutreffend. Daß unwirksame Börsentermingeschäfte den Gegenstand vertragsmäßiger Aufrechnung bilden können,[1]) war nie zweifelhaft, und gerade hierauf beruht die vielumstrittene Theorie des Reichsgerichts, die zu unbilligen Konsequenzen nur deshalb führte, weil in der Saldofeststellung einerseits ein gültiger Aufrechnungsvertrag, andererseits ein ungültiger Anerkenntnisvertrag erblickt wird. Hieran wird aber durch die Novelle nichts geändert, allenfalls könnte man dem § 56 nur eine Auslegungsregel dahin entnehmen, daß es als Wille der saldoziehenden Parteien zu gelten hätte, daß zunächst die Forderungen aus unverbindlichen Börsentermingeschäften gegeneinander zur Aufrechnung gelangen sollen. Ob sich dem die Rechtsprechung einmal anschließen und nicht vielmehr an dem Grundsatz unbedingter Gleichwertigkeit aller Kontokorrentposten in Ansehung der Aufrechnung festhalten wird,[2]) ist sehr zweifelhaft; ebenso ob die Ansicht von Danz,[3]) daß eine solche Aufrechnung, und nur eine solche, als verkehrsüblich aufzufassen ist, durchdringt. Die Parteien handeln deshalb zweckmäßiger, wenn sie eine derartige Verrechnung, wie schon angedeutet, zulässigerweise ver-

[1]) Insbes. RG. Bd. 59 S. 194.

[2]) RG. Bd. 59 S. 194.

[3]) S. 53 § 12.

einbaren bezw. ihrem auf gesonderte Aufrechnung dieser unverbindlichen Posten gerichteten Willen durch Anlegung eines besonderen Kontos für diese Börsentermingeschäfte unzweideutigen Ausdruck geben.

§ 5.

Vereinbarungen zum Zwecke der Erfüllung von Schulden aus Börsentermingeschäften (§ 59 BörsG.).

1. Die Wirkung im allgemeinen.

Grundsätzlich gilt, daß die Wirksamkeit einer zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus dem Börsentermingeschäft eingegangenen Verbindlichkeit nicht weiter reicht als die Wirksamkeit des Geschäfts selbst.

2. Verschiedene Arten solcher Vereinbarungen.

Im Gesetz besonders aufgeführt ist: a) das Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB.). Dieses ist unwirksam, die Selbständigkeit des neuen Schuldgrundes heilt den Mangel der Ursprungsverpflichtung nicht. Das Gesetz trifft neben dem Schuldanerkenntnis auch das Schuldversprechen nach § 780 BGB.

b) Das prozessuale Anerkenntnis ist auch unverbindlich. Sehr bestritten ist die Frage, ob der Richter auf Verlangen des Klägers ein Anerkenntnisurteil zu erlassen hat, wenn der Beklagte den Anspruch aus einem unverbindlichen Börsentermingeschäft anerkennt. Neukamp[1])

[1]) S. 231 Anm. 7 zu Vorbemerkungen zu §§ 54—70.

und Nußbaum[1]) verneinen dies, weil das Anerkenntnis von § 59 unwirksam ist. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß sich die gedachte Gesetzesbestimmung lediglich auf die materiellrechtlichen Anerkenntnisse bezieht, nicht aber auf den prozessualischen Akt nach § 307 ZPO. Denn dieses Anerkenntnis ist kein Anerkenntnisvertrag, sondern lediglich der dem Prozeßgericht gegenüber erklärte Wille des Beklagten, auf die Verteidigung gegen den Klaganspruch im anhängigen Rechtsstreit verzichten zu wollen. Trotzdem ist nach herrschender Ansicht[2]) davon auszugehen, daß der Richter das Anerkenntnisurteil nicht erlassen dürfe, wenn das dem Anspruche zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig oder unverbindlich ist. Allerdings ist hiergegen darauf hinzuweisen, daß das Gesetz die Erfüllung der erlaubten unverbindlichen Terminschuld zuläßt, und daß aus diesem Grunde der Richter für berechtigt zu halten ist, dem Wunsche der Parteien nach Erlaß des Anerkenntnisurteils nachzukommen, ja nach dem imperativen Wortlaut des § 307 ZPO. sogar für verpflichtet.[3]) Aus diesem Grunde ist der der herrschen-

[1]) S. 273 Bem. III zu § 55.

[2]) Staub Anm. 70 Exk. zu § 376 S. 752; Nußbaum S. 273; Stein Bd. 1 Anm. III zu § 307 S. 769; Petersen, ZPO. 1899 Anm. 5 zu § 307 S. 655; Wilmowsky, ZPO. 1892 Anm. 3 zu § 278 S. 472; dagegen Annalen des Kgl. Sächs. OLG. Dresden Bd. 23 S. 261a. E. S. 262, Urteil v. 18. 1. 1902.

[3]) vgl. hierzu OLG. Bd. 13 S. 150; Reichel in Jherings J. Bd. 60 S. 86.

den Meinung entgegengesetzten Ansicht die Berechtigung nicht abzusprechen.

c) Ein Vergleich, auch ein gerichtlicher, über eine Terminschuld ist ebenfalls regelmäßig unwirksam. Dies bezieht sich jedoch nur auf solche Vereinbarungen, bezüglich deren kein Streit oder Ungewißheit über die rechtliche Natur der unverbindlichen Terminschulden besteht (vgl. § 779 BGB.). Hier bildet der Vergleich nur die äußere Form für das Zahlungsversprechen oder das Anerkenntnis. War dagegen Streit oder Ungewißheit zwischen den Parteien, ob die dem Vergleiche zugrunde liegende Forderung aus einem unverbindlichen Börsentermingeschäft herrührt (z. B. ob es sich um ein Termin- oder Kassageschäft handelte, ob der Schuldner börsenmündig war, ob eine Heilung der Unwirksamkeit nach § 57 BörsG. eingetreten ist), so ist der Vergleich gültig, mag er nun auch äußerlich die Form eines abstrakten Anerkenntnisses oder Schuldversprechens tragen.[1]) Einer Form bedarf solch ein Vergleich nach § 782 BGB. nicht. Mit Recht betont der erkennende Senat des Reichsgerichts in der angezogenen Entscheidung, daß vom Standpunkt der Rechtspolitik geradezu ein Bedürfnis vorliege, Streitigkeiten dieser Art durch Vergleiche beizulegen. Ein Vergleich, in dem der Gläubiger auf seine Terminforderung verzichtet, oder der Terminschuldner

---

[1]) vgl. Urteil des KG. v. 26. 10. 1908 im Bankarchiv Bd. 8 S. 108 und RG. Bd. 49 S. 193/94.

auf eine streitige Gegenforderung verzichtet, ist in jedem Falle wirksam. Auch Sicherheit nach § 54 BörsG. kann vergleichsweise geleistet werden, und es treten dann die oben in § 2 unter 2 geschilderten Rechtswirkungen ein. Im Anschluß hieran soll noch

d) der Schiedsvertrag kurz erwähnt sein. Dieser charakterisiert sich als ein Nebenvertrag zu dem Hauptvertrag, dem Börsentermingeschäft. Daraus folgt ohne weiteres, daß die Schiedsgerichtsklausel dem Schicksal des Hauptgeschäfts folgt, so daß, wenn es sich um ein unwirksames Börsentermingeschäft handelt, auf das sich die Schiedsgerichtsklausel bezieht, auch diese der Rechtsgültigkeit entbehrt. Nach § 28 BörsG. wird nun einer Vereinbarung, durch welche die Beteiligten sich einem Börsenschiedsgericht unterwerfen, nur dann Rechtsverbindlichkeit verliehen, wenn beide Teile die Börsenmündigkeit nach § 53 des Gesetzes besitzen oder die Unterwerfung unter das Schiedsgericht nach Entstehung des Streitfalls erfolgt. In dem letzteren Falle bedarf es also der beiderseitigen Börsenmündigkeit nicht. Das Hauptgeschäft aber ist selbständig zu beurteilen.[1]) Eine Vereinbarung, die die Einsetzung eines Schiedsgerichts, nicht die Unterwerfung unter ein Börsenschiedsgericht, vorsieht, wird durch § 28 BörsG. aber nicht betroffen. Verlangt z. B. der Börsenmündige aus einer solchen Vereinbarung die Bestellung eines Schieds-

[1]) RG. Bd. 58 S. 155 und RG. in GruchotsBeitr. Bd. 27 S. 1056.

richters nach §§ 1029 ff. ZPO., nachdem ihm gemäß § 54 BörsG. vom Börsenunmündigen Sicherheit bestellt worden ist, so muß dieses Verlangen vom Gericht abgewiesen werden, weil, wenn ein Schiedsgericht bestellt würde, der Börsenunmündige durch dessen Schiedsspruch zur Zahlung gezwungen werden könnte; klagt hingegen der Börsenunmündige auf Zahlung beim ordentlichen Gericht, so dringt der Börsenmündige mit der Einrede aus § 274 Nr. 3 ZPO. durch, da die Vereinbarung, insoweit es sich um Forderungen des Börsenunmündigen handelt, die im Falle von § 54 Abs. 1 vollgültig sind, auch gültig ist. Es hat hier also ein Schiedsgericht zu entscheiden.

e) Auch die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit gehört zu diesen unstatthaften Vereinbarungen. Hierzu wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf das oben in § 4, 1 a δ Gesagte verwiesen.

f) Die Umwandlung einer unverbindlichen Terminschuld in eine Schuld anderer Art ist ebenso ungültig, z. B. die Umwandlung in eine Darlehnsschuld. So ist auch die Entnahme eines Darlehns seitens des Terminschuldners beim Termingläubiger und die gleichzeitig erfolgte Hingabe der Darlehnsvaluta an den Gläubiger zur Befriedigung der Terminschuld keine nach § 55 BörsG. der Zurückforderung entzogene Leistung, selbst dann nicht, wenn für die Darlehnsschuld vom Schuldner eine Hypothek bestellt wird, sondern es ist, wie erst wieder neuerdings das Reichsgericht im Urteil v. 8. 5. 1915 [1])

[1]) RG. in WarneyersRspr. 8. Jahrg. 1915 Nr. 177 S. 266 ff.

ausgesprochen hat, darin lediglich eine Umwandlung, Novation, der Terminschuld in eine Darlehnsschuld zu erblicken, die aber auch unverbindlich ist.

g) Auch Verträge, mittels deren die zukünftige Erfüllung der Forderung aus dem Börsentermingeschäft gesichert werden soll, so jedes auf Sicherheitsleistung gerichtete Versprechen und dessen Erfüllung nach erfolgtem Geschäftsabschluß, wie z. B. die Hinterlegung oder Verpfändung von Gegenständen des Schuldners, fallen hierunter.

Denn diese erzeugen für den Schuldner eine neue Verbindlichkeit, die darin besteht, für die aus dem Börsentermingeschäft entsprungene Schuld Sicherheit zu leisten. Daß sich die Vorschrift in § 59 auf derartige Verträge bezieht, ergibt sowohl deren Wortlaut als auch die Bestimmung in § 54 BörsG., da in diesem die Bestellung einer Sicherheit nur unter den dort genau bezeichneten Voraussetzungen für ein an und für sich unwirksames Börsentermingeschäft für rechtsgültig erklärt, dem Versprechen einer Sicherheit irgendwelche Rechtswirkung aber nicht beigemessen wird.

3. Die Wirkung im einzelnen.

Im einzelnen ergibt die Anwendung der in § 59 angezogenen Gesetzesbestimmungen für den hier betrachteten Fall folgendes:

a) Ist das Geschäft gemäß § 54 Abs. 1 BörsG. für den Börsenmündigen gültig, so kann dieser zur Sicherung

seiner Verpflichtungen die vorstehend erwähnten Verpflichtungen eingehen und vollverbindliche Schuldanerkenntnisse abgeben, für den Börsenunmündigen sind sie nur insoweit und bis zu dem Betrag wirksam, als die geleistete Sicherheit haftet.

b) Das auf Grund der Vereinbarung Geleistete kann gemäß § 55 BörsG. nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

c) Gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften kann mit Forderungen auf Grund der Vereinbarungen einseitig aufgerechnet werden (§ 56 BörsG.).

d) Ist gemäß § 57 das Geschäft als von Anfang an verbindlich anzusehen, so gilt dies auch von den zum Zwecke der Erfüllung eingegangenen Verbindlichkeiten und Schuldanerkenntnissen. Auch sie werden, obgleich sie anfänglich rechtsunwirksam waren, mit dem Hauptgeschäft hinterher rechtsunwirksam. Ebenso sind die nach Eintritt der Rechtswirksamkeit des Geschäfts neu eingegangenen Verbindlichkeiten und Schuldanerkenntnisse rechtswirksam (vgl. oben § 3, 2).

Dies gilt, wenn die Börsenmündigkeit nur auf der einen Seite sowohl im Zeitpunkte des Abschlusses des Börsentermingeschäfts wie im Zeitpunkte des Zustandekommens der Vereinbarung vorhanden ist. Tritt im Augenblicke der Tätigung des Erfüllungsversprechens auch die Börsenmündigkeit des anderen Vertragsteiles ein, so ist dieses dann für vollwirksam zu erachten,

wenn die Wirksamkeit der neuen Verpflichtung von der ursprünglichen unabhängig ist, so insbesondere bei dem abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nach §§ 780, 781 BGB. Verliert umgekehrt auch der Börsenmündige seine Termingeschäftsfähigkeit, so ist die Vereinbarung unverbindlich, mit der Maßgabe jedoch, daß der, der auf Grund des Börsentermingeschäfts etwa Rechte erworben hat (z. B. im Falle des § 54 das auf Befriedigung aus der geleisteten Sicherheit) über diese auch im Rahmen einer neuen Vereinbarung mit dem Vertragsgegner wirksam verfügen kann.[1])

4. Vereinbarungen mit Dritten.

Bestritten ist die Frage, ob die Bestimmung in § 59 sich nur auf Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien oder auch auf Vereinbarungen zwischen dem Termingläubiger und Dritten bezieht. Der Wortlaut des Gesetzes spricht weder für noch gegen die Unwirksamkeit auch solcher Vereinbarungen mit Dritten; denn die Worte „der eine Teil“ und „der andere Teil“ weisen durchaus nicht allein auf die Vertragsparteien des unterliegenden Börsentermingeschäfts hin, sondern können ebensogut auf die Vertragsparteien des Anerkenntnisvertrags bezogen werden.[2]) Dem Sinne des

---

[1]) So Nußbaum S. 296 Anm. IV zu § 59; ähnlich Bernstein S. 272.

[2]) And. M. Bernstein S. 269 Anm. II, 2α zu § 59.

Gesetzes nach will Nußbaum[1]) auch Vereinbarungen mit Dritten für unwirksam erklärt haben, da sonst der Zweck der §§ 53 ff. des Gesetzes, „eine personell abgegrenzte Börsenrechtssphäre“ zu schaffen, vereitelt würde. Diesen Standpunkt bekämpft die herrschende Ansicht, hauptsächlich Bernstein,[2]) Kahn,[3]) Apt[4]) und Düringer-Hachenburg,[5]) indem ersterer namentlich darauf hinweist, daß diese Gesetzesbestimmung die vom Gesetz für schutzbedürftig erachteten Personen lediglich vor den Folgen ihrer eigenen spekulativen Leidenschaft bewahren wolle, aber nicht einen Dritten, einen Fremden, der am Ausgange der Spekulation in keiner Weise beteiligt war. Der Tendenz des Gesetzes scheint m. E. diese Ansicht gerecht zu werden; denn für den Gesetzgeber lag kein Anlaß vor, dritte nach Feststellung des Geschäftsergebnisses dafür ganz freiwillig eintretende Personen zu schützen, sondern er wollte insbesondere durch die Nichtzulassung der Verbindlichkeit einer der in Rede stehenden Vereinbarung verhindern, daß die ursprünglichen Vertragsparteien sich durch die Hoffnung, demnächst ein Anerkenntnis zu erlangen, verleiten ließen, immer weitere Geschäfte ohne gesicherte Rechtsgrundlage einzugehen. Dieser

---

[1]) S. 296 Anm. III zu § 59.

[2]) S. 269 Anm. II, 2a zu § 59.

[3]) Anm. 2 zu § 59.

[4]) Anm. 2 zu § 59.

[5]) Anm. 160 Anh. II Bd. 3 S. 459/60.

Erwägung des Gesetzgebers widerstreitet aber die Zulassung von Vereinbarungen mit Dritten nicht, denn sie enthält keine besondere Begünstigung des Abschlusses von weiteren Geschäften dieser Art. Der herrschenden Ansicht gegenüber vertritt außer, wie erwähnt, Nußbaum noch Staub eine gegenteilige,[1]) der die Vereinbarungen auch mit Dritten ohne weiteres für unwirksam hält, teilweise auch Neukamp.[2]) Die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen mit Dritten bezieht sich aber nur auf selbständige, von dem Rechtsbestand des unterliegenden Börsentermingeschäfts unabhängige Verpflichtungen (so z. B. eine Wechselverpflichtung), nicht auf akzessorische, wie Übernahme einer Bürgschaft, Schuldübernahme, Pfand und Hypothekenbestellung; denn diese sind abhängig von der Hauptverpflichtung.

§ 6.

Auftrag und Vereinigung zum Abschluß von Börsentermingeschäften (§ 60 BörsG.).

Sowohl die von Anfang an vorhandene beschränkte Rechtswirksamkeit des Geschäfts und die beim Fehlen der Voraussetzung des § 54 BörsG. eintretende Unwirksamkeit wie auch die Wirksamkeit der sie heilenden Umstände wird auf Aufträge und Vergesellschaftungen zwecks Abschlusses eines Börsentermingeschäfts zwischen

---

[1]) Anm. 69 Exk. zu § 376 S. 751.

[2]) S. 259 Anm. 13—15 zu § 59.

einem Börsenmündigen und einem Börsenunmündigen ausgedehnt.

1. Börsenterminaufträge.

Unter Auftrag ist der in §§ 662 ff. BGB. geregelte unentgeltliche Auftrag und der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete entgeltliche Dienst- oder Werkvertrag[1]) (§ 675 BGB.) zu verstehen, sowie die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB.), ferner nach allgemein herrschender Ansicht — mit Ausnahme der von Nußbaum[2]) — das Kommissionsgeschäft. Nußbaum ist zwar zuzugeben, daß Börsentermingeschäfte in der überwiegenden Anzahl Kommissionsgeschäfte sind, zumal beim Effektenkommissionsgeschäft in der Regel die Kommission durch Selbsteintritt (§ 400 HGB.) ausgeführt und so zum Kaufgeschäft wird: der Bankier tritt stets den Kunden als Käufer und Verkäufer gegenüber;[3]) trotzdem sind die Vorschriften in § 60 BörsG. zur Regelung des vor vollzogenem Selbsteintritt bestehenden Rechtsverhältnisses durchaus nicht überflüssig. Auch ein die Vermittlung eines Börsentermingeschäfts oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines solchen betreffender Mäklervertrag (§§ 652 ff. BGB.) fällt hierunter. Dagegen nicht hierher gehören Aufträge zur Übernahme einer Bürgschaft oder einer Pfand-

[1]) vgl. hierzu RG. in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 932.

[2]) S. 297 Anm. II zu § 60.

[3]) vgl. Hemptenmacher Anm. 1 zu § 60 S. 204.

bestellung für Börsentermingeschäfte. Diese sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen; ebensowenig wird der Auftrag, auf eine Börsenterminschuld Zahlung zu leisten, von der fraglichen Bestimmung ergriffen. Dieser Auftrag ist an sich wirksam, die von dem Beauftragten geleistete Zahlung begründet nach § 670 BGB. einen Erstattungsanspruch.[1])

2. Vereinigungen.

Unter Vereinigung ist jeglicher gesellschaftlicher Zusammenschluß mehrerer Personen, der zum Zwecke des Abschlusses von Börsentermingeschäften erfolgt, zu verstehen. Als eine solche ist insbesondere die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.) anzusehen, der auch die stille Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB.), die den Vertrag über nach außen nicht sichtbare Kapitalbeteiligung an einem Handelsgewerbe bedeutet, zuzuzählen ist. Dagegen gehört zu solchen Vereinigungen nicht schon die Beteiligung an einem Geschäftsbetriebe, welcher den Abschluß von Börsentermingeschäften in größerem oder kleinerem Umfang mit sich bringt, sondern der Abschluß von solchen Geschäften muß den rechtlichen Zweck der Vereinigung bilden.[2]) Somit liegt eine Vereinigung im Sinne von § 60 BörsG. z. B. nicht vor, wenn ein Börsenunmündiger sich an dem Bankgeschäft eines Börsenmündigen beteiligt, dessen Ge-

[1]) vgl. hierzu RG. Bd. 45 S. 158 ff., insbes. S. 160, Bd. 52 S. 363.

[2]) Ebenso Nußbaum S. 298 Anm. II zu § 60.

schäftsbetrieb nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sich auf den Abschluß von Börsentermingeschäften mit erstreckt, dieser aber nicht dessen einziger und alleiniger Zweck ist.[1]) Auch auf Gesellschaften mit selbständiger Rechtspersönlichkeit (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung usw.), die zum Zwecke von Abschlüssen von Börsentermingeschäften gegründet werden, kann die Vorschrift des § 60 BörsG. nicht Anwendung leiden. Denn bei der korporativen Gesellschaftsform verlieren vermöge ihrer juristischen Persönlichkeit die einzelnen Teilnehmer ihre Individualität, soweit der gesellschaftliche Zusammenschluß in Frage steht. Die juristische Person ist eine dritte Person neben und außer den natürlichen Personen, ihren Mitgliedern, sie ist ein neues Individuum neben den Mitgliedern; ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit richtet sich nicht nach der der ihr angehörigen Mitglieder, sondern ist vom Standpunkt der juristischen Person selbst aus zu beurteilen.[2]) Danach kommt die in Rede stehende Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn z. B. drei Börsenmündige und zwei Börsenunmündige eine Aktiengesellschaft gründen, deren Zweck auf den Betrieb von Börsentermingeschäften gerichtet ist, sondern diese

---

[1]) And. M. zum Teil Neukamp S. 262/63 Anm. 12 zu § 60, dessen Ansicht aber nach dem oben Gesagten mit der herrschenden Meinung nicht als zutreffend angesehen werden kann.

[2]) vgl. hierzu Sohm, Institutionen § 37 S. 210ff. und Neukamp S. 261 Anm. 10 zu § 60.

Gründung ist genau so rechtsbeständig wie die einer anderen auf andere erlaubte Zwecke gerichteten Aktiengesellschaft, sofern nur die für die Gründung gegebenen Vorschriften §§ 182 ff. HGB. beachtet sind. Schließlich ist auch die Hingabe eines Darlehns zum Abschlusse eines Börsentermingeschäfts keine „Vereinigung"; denn hier mangelt es an jeglichem „gesellschaftlichen Zusammenschlusse" der Vertragschließenden. Ein solcher Darlehnsvertrag ist grundsätzlich verbindlich wie ein Darlehn zu Spezialzwecken; nur können die besonderen Umstände des gegebenen Falls eine andere Beurteilung rechtfertigen, so wenn z. B. der Darlehnsgeber irgendwelche eigennützige Absicht bei seinem Tun verfolgt.[1])

3. Rechtsfolgen.

Die Wirksamkeit des Auftrags und der Vereinigung richtet sich nach den Vorschriften §§ 52 ff. BörsG.

a) Der Auftrag ist darnach unwirksam, woraus folgt, daß weder der Auftraggeber vom Beauftragten Ausführung des Auftrags, Rechnungslegung und Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten (§§ 662, 666, 667 BGB.), noch der Beauftragte vom Auftraggeber Erstattung seiner Aufwendungen fordern kann (§ 670 BGB.). Durch eine nach § 54 BörsG. erfolgende Sicherheitsbestellung wird jedoch die beschränkte Rechtswirksamkeit des Auftrags begründet. Gegenüber demjenigen, für den nach § 54 Abs. 1 das Geschäft ver-

[1]) RG. Bd. 67 S. 355 ff.

bindlich ist, also dem Börsenmündigen, ist mithin auch die Erteilung eines Auftrags verbindlich, während für den Börsenunmündigen auch hier eine Verpflichtung nur in Höhe der geleisteten Sicherheit entstehen kann, er haftet nur mit dieser.

Ein unwirksamer börsentermingeschäftlicher Auftrag ist nach Maßgabe des § 55 BörsG. erfüllbar, weder Auftraggeber noch Beauftragter können das auf Grund des Geschäfts Geleistete zurückfordern. Auf Grund des Geschäfts sind auch nach der hier vertretenen Auffassung Vorschüsse geleistet (vgl. § 4, 1 a α), die gemäß §§ 669, 675 BGB. der Auftraggeber auf Verlangen des Beauftragten zu leisten hat. Diese sind demnach der Rückforderung entzogen.

Die Ansprüche aus dem unwirksamen Auftrag sind nach § 56 BörsG. aufrechenbar.

Der Mangel des unverbindlich erteilten Auftrags kann nach § 57 BörsG. geheilt werden. Er ist als geheilt anzusehen, wenn der Auftraggeber bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit des Geschäfts dem Beauftragten gegenüber sich mit dessen effektiver Erfüllung einverstanden erklärt und dieser die Leistung bewirkt hat, oder der Beauftragte bei oder nach Fälligkeit des Geschäfts dem Auftraggeber gegenüber sich mit der effektiven Erfüllung einverstanden erklärt hat und dieser das zur Vornahme der Effektiverfüllung des Geschäfts Erforderliche an ihn geleistet hat. Die vor dem Eintritt der Verbindlichkeit des Börsentermin-

geschäfts erteilten Aufträge konvaleszieren also mit dem Eintritt der Verbindlichkeit des Börsentermingeschäfts selbst.[1])

Bei Geschäftsführung ohne Auftrag können auch auf keiner Seite weitergehende Rechte und Pflichten erzeugt werden, als sie beim Vorhandensein eines Auftragsverhältnisses begründet sein würden. Der Geschäftsherr kann sonach weder Ansprüche wegen unsachgemäßer Geschäftsführung oder auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten geltend machen (§§ 677, 681 mit 667 BGB.), noch kann der Geschäftsführer gemäß § 683 BGB. Ersatz seiner Aufwendung verlangen, selbst wenn die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprach, oder vom Geschäftsherrn genehmigt worden ist (§ 684 Satz 2 BGB.).

Ist dem Börsenmündigen gemäß § 54 BörsG. aber eine Sicherheit allgemein für die Erfüllung von Börsentermingeschäften vom Börsenunmündigen bestellt worden, so haftet diese auch für Ansprüche des Börsenmündigen aus auftragloser Geschäftsführung, während der Börsenmündige für seine Geschäftsführung nach §§ 677, 681 BGB. voll verantwortlich ist. Im übrigen findet das beim Auftrag Gesagte auch hier entsprechende Anwendung.

b) Die „Vereinigung“ an sich ist unwirksam, der Gesellschaftsvertrag ist aber nach den früher ent-

---

[1]) vgl. auch Kahn Anm. 1d zu § 60.

wickelten Rechtssätzen (vgl. oben in § 3, 1) nicht nichtig, sondern er erzeugt eine natürliche Verpflichtung. Seine rechtliche Beurteilung unterliegt den Grundsätzen von Treu und Glauben.[1]) Aus der rechtlichen Unverbindlichkeit folgt, daß kein Gesellschafter verpflichtet ist, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern und die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705 BGB.), und daß es daher auch im Rechtssinne ein Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB.) nicht gibt.

Haben der oder die börsenunmündigen Gesellschafter dem oder den börsenmündigen nun eine Sicherheit gemäß § 54 BörsG. bestellt, so haften die ersteren den letzteren anteilig für die der Gesellschaft aus dem Abschluß von Börsentermingeschäften entstandenen Verluste mit der gestellten Sicherheit, wohingegen die börsenmündigen Gesellschafter im vollen Umfange aus dem Gesellschaftsverhältnisse haften.

Die an einen Gesellschafter ausgezahlten Gewinne oder die von einem solchen zur Deckung eines Verlustes aus einem Börsentermingeschäft bewirkten Zahlungen sind nach § 55 BörsG. der Rückforderung entzogen. Zweifelhaft ist, ob Beiträge der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen gleichfalls nicht kondizierbar sind, und ob die Einzahlung der Einlagen eine Erfüllung ist, die dem Gesellschaftsvertrag die volle Wirksamkeit verschafft. Bernstein[2]) bejaht dies, da

[1]) vgl. hierzu insbes. RG. Bd. 76 S. 85.

[2]) S. 285 Anm. B I, 2b α zu § 60.

die Beiträge societatis causa geleistet seien und nicht sine causa, sonach auch nicht nach § 812 BGB. rückforderbar seien, während Neukamp[1]) dies verneint, da dadurch eine Umgehung des Gesetzeszweckes zu leicht ermöglicht würde. M. E. ist das von Neukamp Gesagte zutreffend, der insbesondere darauf hinweist, daß es sonst für Börsenunmündige unschwer sei, sich mit Börsenmündigen zum Abschlusse von Börsentermingeschäften mit nur ganz geringen Einlagen zu vereinigen, und sich im großen Umfange aus dem Abschlusse von Börsentermingeschäften haftbar zu machen. Aber gerade das will der Gesetzgeber vermeiden.[2]) Sind dagegen die gezahlten Einlagen nicht mehr in der Gesellschaftskasse, sondern an einen Dritten, etwa zur Deckung von Verlusten, gezahlt worden, so ist dieser zur Rückzahlung nicht verpflichtet, denn dieser hat das Geld auf Grund des Geschäfts gezahlt erhalten; die Zahlung an die Gesellschaftskasse aber ist nicht eine Leistung auf Grund des Geschäfts, sondern, wie auch Bernstein trotz des abweichenden Ergebnisses annimmt, eine Leistung auf Grund des Gesellschaftsvertrags.

Der Mangel des Gesellschaftsvertrags wird nach § 57 BörsG. durch eine Erfüllungshandlung geheilt, wenn der eine Gesellschafter den zur Erfüllung des gemeinschaftlichen Geschäfts erforderlichen Beitrag zur Gesell-

---

[1]) Anm. 15 zu § 60 S. 264.

[2]) vgl. auch hierzu Hemptenmacher Anm. 2 zu § 60 S. 204.

schaftskasse geleistet und die anderen Gesellschafter sich bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit des Geschäfts hiermit einverstanden erklärt haben.

Die einseitige Aufrechnung (§ 56 BörsG.) ist auch hier in den oben in § 4, 2 gekennzeichneten Grenzen möglich.

Die Vorschrift in § 60 bezieht sich nur auf das Auftragsverhältnis als solches und auf die Gesellschaftsverträge als solche, nicht berührt sie die Frage, ob die von dem Beauftragten oder der Vereinigung abgeschlossenen Börsentermingeschäfte wirksam sind oder nicht. Diese ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten.

§ 7.

Die Auslandsgeschäfte (§ 61 BörsG.).

1. Das Prinzip.

Nach den allgemeinen, auch in der deutschen Rechtsprechung überwiegenden Grundsätzen des internationalen Privatrechts sind die Verträge dem Recht des Erfüllungsortes unterstellt. In Abweichung von dieser Regel macht das Börsengesetz in § 61 die Wirksamkeit eines Börsentermingeschäfts von dem Orte des Abschlusses und der Erfüllung unabhängig. Es soll mit dieser Bestimmung der Gefahr vorgebeugt werden, daß sich Inländer, die nach deutschem Recht als börsenmündig nicht zu betrachten sind, aber dies nach ausländischem Recht sind, an den ausländischen Börsen in Spekulationen

einlassen, und sich dort in großem Umfange aus Abschluß von Börsentermingeschäften haftbar machen; denn dadurch würde im wesentlichen der Schutzcharakter des Gesetzes durchbrochen.

Damit ist jedoch nicht bestimmt, daß die hier in Frage stehenden Geschäfte, kurz Auslandsgeschäfte genannt, durchgehends nach deutschem Recht zu beurteilen sind, sondern nur die in den in Bezug genommenen §§ 52—60 enthaltenen Bestimmungen, also die Klagbarkeit, Börsenmündigkeit, Sicherheitsleistung, Zahlbarkeit, Aufrechenbarkeit, richten sich nach deutschem Recht, dem Börsengesetz, während sich z. B. die allgemeine Geschäftsfähigkeit, der Eintritt des Verzugs und seine Folgen nach ausländischem Recht richten.

Die Vorschrift ergreift die im Auslande abgeschlossenen und im Inlande zu erfüllenden, die im Inlande abgeschlossenen und im Auslande zu erfüllenden und endlich die im Auslande sowohl abgeschlossenen wie zu erfüllenden Geschäfte, sie findet nur auf die Personen, die im Inlande ihren Wohnsitz oder ihre Niederlassung haben, Anwendung, während sie für die im Auslande wohnenden oder dort ihre Niederlassungen habenden Personen nicht Platz greift; auf die Staatsangehörigkeit der Vertragschließenden kommt es nicht an. Ist dagegen der Vertragschließende ein Auslandsbewohner (nicht richtig ist die von Apt gewählte Bezeichnung „Ausländer“, wie schon oben § 1 angeführt), so schlägt die Bestimmung in § 53 Abs. 2 Ziff. 2 ein.

Das Geschäft ist wirksam, wenn der Vertragsgegner nach § 53 Abs. 1 oder Abs. 2 börsenmündig ist.

2. Die Anwendung des deutschen Rechts.

Ob das im Auslande abgeschlossene Geschäft ein Börsentermingeschäft ist, entscheidet sich nach der wirtschaftlichen Natur des Geschäfts. Etwaige im ausländischen Recht aufgestellte Begriffsmerkmale für das Börsentermingeschäft sind, da das Börsengesetz eine Begriffsbestimmung für dasselbe nicht mehr aufweist, nicht bindend. Es ist hier zu prüfen, ob es, wenn es in Deutschland abgeschlossen worden wäre, auch hier als ein Börsentermingeschäft zu betrachten wäre. So sind z. B. die Geschäfte an der Londoner Stock Exchange und die marchés à terme der Pariser Fondsbörse in der Rechtsprechung als Termingeschäfte behandelt worden,[1]) während es von den an der Wiener Fondsbörse „per Arrangement" abgeschlossenen Geschäften fraglich erscheint. Die Geschäfte an den Newyorker Börsen sind hingegen überwiegend Kassageschäfte.

Die Vorschriften über die Wirksamkeit des Börsentermingeschäfts sind anzuwenden, ungeachtet ob das ausländische Recht überhaupt den Begriff der Börsenmündigkeit kennt oder nicht, ob es weitergehende Anforderungen

---

[1]) vgl. hierzu Urteil des RG. v. 1. 11. 1905 in JW. 1906 S. 36, den Aufsatz von Nußbaum in DJZ. 1911 S. 1252–1255 und den Reisebericht des Staatskommissars Hemptenmacher, Anlage zum KomBer. S. 5205 ff.

an die Börsenmündigkeit stellt, oder ob es besondere Formen für den Abschluß des Geschäfts fordert, oder keine oder minder weitgehende Rechtswirkungen an das Geschäft knüpft, wie umgekehrt das Geschäft, soweit es nach §§ 52—60 BörsG. unwirksam ist, unwirksam bleibt, wenn auch das ausländische Recht es als wirksam anerkennt.

Auf Erfüllungsversprechen, Erteilung und Übernahme von Aufträgen und die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von Börsentermingeschäften im Auslande findet die Bestimmung in § 61 BörsG. auch dann Anwendung, wenn nicht nur das unterliegende Termingeschäft, sondern auch diese Hilfsgeschäfte dem ausländischen Gesetz unterstehen.

3. Vollzug ausländischer Urteile und Schiedssprüche.

Im Anschluß hieran ist noch kurz der Vollzug ausländischer Urteile aus Börsentermingeschäften im Inlande zu betrachten. Die Frage der Vollstreckung aus einem solchen Urteile beantwortet sich nach §§ 722, 723, 328 Nr. 4 ZPO. Ist nun das im Auslande erlassene Urteil ohne Beachtung der Bestimmungen des deutschen Börsengesetzes ergangen, so ist im Hinblick auf § 328 Ziff. 4 ZPO. die Anerkennung dieses Auslandsurteils ausgeschlossen, da diese gegen den Zweck des deutschen Börsengesetzes, das Gebot des § 61 BörsG. verstoßen würde. Denn dieser ist, Auswüchse im Börsenhandel, insbesondere im Börsenterminhandel, zu verhüten,

und gegen diesen würde es verstoßen, wenn auf dem Umwege des ausländischen Urteils ein Anspruch aus einem Börsentermingeschäft verwirklicht werden könnte, dem der Gesetzgeber aus grundsätzlichen Erwägungen wirtschaftlicher Art die Anerkennung versagt hat.[1]) Hieran kann auch nichts durch Abtretung des Anspruchs aus einem solchen Urteil an einen Deutschen geändert werden.[2]) Ein Vollstreckungsurteil kann in solchen Fällen also gemäß § 723 Abs. 2 Satz 2 ZPO. nicht erlassen werden.

Die tatsächlichen Feststellungen des ausländischen Urteils, im Falle des Versäumnisurteils gegen den Beklagten auch die auf Grund der Säumnis als stillschweigend zugestandenen Tatsachen, sind jedoch vom deutschen Richter nicht nachzuprüfen,[3]) sondern lediglich, ob nach dem dem ausländischen Urteile zugrunde liegenden Tatbestande die Anerkennung einen Verstoß gegen das deutsche Gesetz enthalten würde.

Gleiches gilt für den im Auslande ergangenen Schiedsspruch. Aus diesem findet nach § 1042 Abs. 1 ZPO. die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist. Enthält nun der Schiedsspruch die Verurteilung zu einer Leistung auf Grund eines nach dem deutschen

---

[1]) vgl. hierzu Staub Anm. 81 Exk. zu § 376 S. 756; Nußbaum Anm. I zu § 61 S. 301; Stein Bd. 1 Anm. VI zu § 328 S. 845/46.

[2]) RG. Bd. 52 S. 363.

[3]) RG. Bd. 72 S. 124 ff., insbes. S. 127, Bd. 75 S. 150.

Börsengesetz unwirksamen Börsentermingeschäfts, so kann auch hier ein Vollstreckungsurteil nicht ergehen. Die oben erwähnten §§ 722, 723, 328 ZPO. finden nach übereinstimmender Ansicht aller Kommentatoren[1]) auf einen ausländischen Schiedsspruch allerdings nicht Anwendung, sondern die Rechtswirksamkeit eines ausländischen Schiedsspruches im Inlande ist in erster Linie nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zu beurteilen. Hiernach erscheint es gerechtfertigt, bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vollstreckungsurteils von den Bestimmungen des einheimischen Rechts auszugehen. Durch das Vollstreckungsurteil spricht der Staat als Inhaber der Gerichtsgewalt aus, daß er den Schiedsspruch als geeignete Grundlage für die Zwangsvollstreckung anerkenne; unter welcher Voraussetzung diese Anerkennung zu gewähren ist, richtet sich nach der Rechtsordnung des Staates, dessen Rechtshilfe beansprucht wird. Diese Anerkennung ist nun jedenfalls dann zu versagen, wenn der Schiedsspruch ein gesetzliches Gebot, hier das des § 61 BörsG., unbeachtet läßt (vgl. auch Art. 30 EG. z. BGB.), so daß ebenso hier wie bei einem ausländischen Urteile, wenn auch teilweise auf Grund anderer Erwägungen, ein Vollstreckungsurteil nicht gegeben werden darf.

[1]) Auch RG. Bd. 5 S. 399.

III. Der Spiel- und Differenzeinwand gegen Ansprüche aus den hier fraglichen Börsentermingeschäften.

§ 8.
Allgemeines.

1. Spiel.

Spiel ist ein in der Absicht des Gewinns geschlossener Vertrag, bei dem der eine Teil dem anderen etwas verspricht, falls ein gewisses, durch den Zufall herbeigeführtes oder wenigstens beeinflußtes Ergebnis eintreten sollte.[1]) Das BGB. (§ 762) spricht dem Spiel die Klagbarkeit ab, schließt aber die Rückforderung des Geleisteten aus. Die Verpflichtung aus einem Spiele wird also als eine Naturalobligation aufgefaßt.

2. Differenzgeschäft.

Als Spiel sieht das Bürgerliche Gesetzbuch auch das Differenzgeschäft an, d. h. einen auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautenden Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit von dem verlierenden an den gewinnenden

[1]) vgl. RG. Urteil v. 4. 11. 1905 in JW. 1906 S. 14/15.

Teil gezahlt werden soll. Hierbei erklärt § 764 Satz 2 es für nicht erforderlich, daß beide Teile die Absicht gehabt haben müssen, das Geschäft durch eine Differenzzahlung ohne Effektivlieferung zu erledigen, sogen. reines oder offenes Differenzgeschäft, er hält vielmehr für genügend, wenn die Absicht auch nur des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, sofern der andere Teil diese Absicht kennt oder kennen mußte, sogen. verdecktes Differenzgeschäft. Der sich auf diese Bestimmung gründende Einwand[1]) hat also zur Voraussetzung, daß die Spielabsicht auf die speziell in § 764 BGB. bezeichnete Differenz zwischen Vertragspreis und Börsenpreis der Lieferungszeit gerichtet, und daß eine Absicht dieses Inhalts dem anderen Teil bekannt oder erkennbar war. Es folgt hieraus, daß ein Einwand der in Rede stehenden Art nur gegenüber Zeitgeschäften in Frage kommen kann, und daß er auch diesen Geschäften gegenüber versagen muß, wenn von dem einen Vertragsteil eine Gewinn- oder Verlustrechnung nicht auf der Basis des Börsenpreises der Lieferungszeit, sondern auf der eines von ihm abzuschließenden Gegengeschäftes beabsichtigt war, oder der andere Vertragsteil doch wenigstens Grund hatte, eine derartige Absicht bei ihm vorauszusetzen.

---

[1]) Der allgemein übliche und daher auch hier beibehaltene Ausdruck „Einwand“ ist ungenau, da die Berücksichtigung des Spielcharakters des Geschäfts von einem darauf gestützten Einwand nicht abhängig ist, sondern von Amtswegen erfolgt.

Denn die Bestimmung des § 764 BGB. erfordert bei hier nur möglicher wörtlicher Auslegung unbedingt eine Differenz, die durch einen einzigen Vertrag gewonnen ist, nicht eine solche, die sich aus den Kaufpreisen zweier korrespondierender Geschäfte ergibt.[1]) Da aber, wie Hemptenmacher zutreffend darlegt,[2]) nur Verträge letzterer Art in der Praxis vorkommen, daß also die Vertragsteile in der Zwischenzeit zwischen Abschluß und Erfüllung des Vertrages mit dem anderen Vertragsteil oder einem Dritten über die zu liefernden Wertpapiere ein Abwicklungsgeschäft, das adäquate „Gegengeschäft" zu einem etwas anderen Preise abschließen und sich bei der Regulierung auf die Zahlung der Differenz beschränken, so bleibt der Bestimmung in § 764 hier ein praktisches Anwendungsgebiet nicht. Von Erheblichkeit ist dagegen der Spieleinwand nach § 762 BGB. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Unklagbarkeit einer Forderung als aus Spiel herrührend bei börsenmäßigen Zeitgeschäften dann angenommen worden, wenn aus Vereinbarungen, konkludenten Handlungen und Erklärungen oder aus begleitenden Umständen, wie Lebensstellung, dem geringen Vermögen im

---

[1]) Trumpler in ZHR. Bd. 50 S. 456 ff. und Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. I S. 356 ff.; and. M. Lehmann § 175 S. 766 ff.

[2]) Anm. 2 und 4 zu § 68 S. 224—232; vgl. hierzu auch Apt S. 162 Ziff. 4, dieser auch S. 29 ff. in „Börsengesetz und seine Reform".

Vergleich mit dem getätigten Umsatz sich ergab,[1]) daß Verträge auf Lieferung von Wertpapieren nur in der Absicht der Differenzregulierung geschlossen waren. Das ist aber bei Börsentermingeschäften, die zur Versicherung gegen das Risiko aus anderen Lieferungsverträgen geschlossen werden, ebenso der Fall wie bei lediglich auf der Spekulation hinsichtlich des Preisunterschiedes zwischen Kauf und Verkauf beruhenden Börsentermingeschäften. Die Erhebung dieses Einwandes wird nun in der in § 58 BörsG. bestimmten Weise ausgeschlossen.

Zu unterscheiden ist hier, ob ein offizielles oder inoffizielles Börsentermingeschäft in Betracht kommt.

§ 9.

Der Spieleinwand beim offiziellen Börsentermingeschäft.

1. Die Voraussetzung des Ausschlusses des Spieleinwandes.

Nur das offizielle Börsentermingeschäft kann den Schutz des § 58 beanspruchen.

a) Der Begriff des offiziellen Börsentermingeschäfts ist oben § 1 entwickelt. Nach dem Wortlaut des § 58 Satz 1 würde die bloße Zulassung der Wertpapiere zum Börsenterminhandel für den Ausschluß des Spieleinwandes genügen, und die Einhaltung der vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen (§ 50 Abs. 2 BörsG.) nicht

[1]) RG. Bd. 12 S. 17, Bd. 30 S. 29 ff., 218/19, Bd. 34 S. 83 ff., 187, 265, Bd. 36 S. 246.

erforderlich sein. Indessen ist ein Wertpapier, das nur unter bestimmten, vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen zugelassen ist, bei Nichterfüllung der Bedingungen als nicht zugelassen zu betrachten. Sonach genießen nur die in dem (oben § 1) entwickelten Sinne als offiziell zu bezeichnenden Börsentermingeschäfte den Schutz des § 58. So ist auch die allgemein herrschende Ansicht,[1]) allein Hemptenmacher[2]) und Wildhagen,[3]) der den Entwurf, der freilich die unten zu erwähnende andere Fassung hatte, behandelt, sind der Meinung, daß Satz 2 des § 58 sich auf den inoffiziellen Börsenterminhandel bezieht; diese Ansicht scheitert aber schon an dem Wortlaut: „Soweit gegen die bezeichneten Ansprüche ein solcher Einwand zulässig bleibt", da unter den „bezeichneten Ansprüchen" dem unzweifelhaft grammatikalischen Zusammenhang nach nur die Ansprüche aus Börsentermingeschäften, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind, verstanden werden können. Der Ansicht Hemptenmachers stehen auch die Motive[4]) entgegen, die darauf hinweisen, daß die Vergünstigung, nämlich der Ausschluß des Differenzeinwandes, dem

---

[1]) Staub Anm. 94 Exk. zu § 376 S. 761; Kahn Anm. 2 zu § 58; Apt Anm. 1 zu § 58; Neukamp Anm. 5 u. 7 zu § 58 S. 255; Nußbaum Anm. I zu § 58 S. 291; Jacusiel in LZ. 1908 S. 572; Göppert S. 18.

[2]) Anm. 3 zu § 58 S. 200/01.

[3]) DJZ. 1907 S. 1282.

[4]) S. 31.

offiziellen Börsentermingeschäft nur zukommen soll, weiter auch, daß in der 2. Kommissionslesung für den Satz 2 des Regierungsentwurfs: „Soweit ein solcher Einwand zulässig bleibt“ die zum Gesetz erhobene Fassung gewählt wurde, wenn auch ohne Hervorhebung besonderer Gründe, so doch zweifelsohne lediglich deshalb, um den Sinn klarer zu stellen, der nur, wie hier dargelegt, sein kann. Der herrschenden Ansicht hat sich auch das Reichsgericht in seinem Urteil v. 4. 6. 1912[1]) angeschlossen. Hier wird auch eingehend auf Grund des zwischen Satz 1 und Satz 2 des Paragraphen bestehenden inneren Zusammenhangs und des Wortlauts desselben dargelegt, daß sich die zweite Bestimmung nur auf offizielle Börsentermingeschäfte beziehen kann, wenn anders man dem Gesetz nicht eine gewaltsame, vom Gesetzgeber unmöglich gewollte Auslegung geben will. Dieser Ansicht ist auch in der übrigen Rechtsprechung allenthalben, m. E. mit Recht, beigepflichtet worden. Wegen der sich aus der Verschiedenheit der Ansichten ergebenden weittragenden Folgen, auf die noch unten in § 10, 2. a zugekommen wird, bedarf dies besonderer Betonung.

Für den Ausschluß des Spieleinwandes genügt die objektive Tatsache der Zulassung, die Rechtswirkung der einmal bewilligten Zulassung wird dadurch nicht berührt, daß die Zulassung nach den bestehenden Vor-

[1]) Bd. 79 S. 381—389, insbes. S. 386.

schriften hätte versagt werden müssen. Das Privileg endigt mit der Zurücknahme der Zulassung und erlischt auch dann, sobald der Bundesrat nach § 63 Abs. 2 BörsG. den Börsenterminhandel in den betreffenden Wertpapieren verbietet.

Unbestimmt läßt das Gesetz, ob und wie das Geschäft, um nach der hier fraglichen Bestimmung als offizielles gelten zu können, mit der Börse, an der die Zulassung der Wertpapiere erfolgt ist, in Zusammenhang stehen muß. Nach der Gesetzesbestimmung könnte man zu der Annahme kommen, daß die Zulassung der Wertpapiere zum Börsenterminhandel auch nur an einer deutschen Börse genügt, den an allen anderen Börsen abgeschlossenen Börsentermingeschäften über diese Wertpapiere den Schutz des § 58 zu gewähren. Allein in der Literatur ist in Anlehnung an die Motive[1]) die übereinstimmende Ansicht, daß die Zulassung an der Börse des Geschäftsabschlusses erfolgt sein muß. Mithin sind z. B. die Geschäfte in Wertpapieren, die in Hamburg an der dortigen Börse abgeschlossen sind, ohne dort zugelassen zu sein, dem Spieleinwand ausgesetzt, auch wenn dieselben Wertpapiere an der Berliner oder Frankfurter Börse zugelassen sind.

b) Sehr bestritten in der Literatur war die Frage, ob die Bestimmung des § 58 auch auf an ausländischen

[1]) S. 31; and. A. ist allein Oehlmann S. 36—38, dessen Begründung aber nach dem hier Gesagten nicht beigepflichtet werden kann.

Börsen abgeschlossene Geschäfte sich bezieht. Dies bejaht vor allem Apt[1]) unter Hinweis auf § 61 und die Motive.[2]) Denn § 61 verweise zwar auf § 58, nicht aber auf §§ 50, 51, und die Begründung spräche sich dahin aus, daß durch Ausschluß des Differenzeinwandes erreicht werden solle, dem Börsentermingeschäft völlige Rechtssicherheit zu geben, was aber vereitelt würde, wenn bei Geschäften an ausländischen Börsen der Spieleinwand trotz sonstigem rechtsbeständigen Abschluß erhoben werden könnte. Nußbaum vertritt eine ähnliche Anschauung[3]) und sieht die Gleichstellung des ausländischen mit dem inländischen Börsenterminhandel dann als gerechtfertigt an, wenn im Ausland für die Zulassung zur offiziellen Terminnotiz gesetzliche oder statutarische Vorschriften nach Art des § 50 BörsG. bestehen sollten.

Hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß der Hinweis auf die Motive nicht Stich hält, weil diese sich in diesem Abschnitt ganz allgemein über die Gewährung der Vergünstigung des § 58 BörsG. dem offiziellen Börsenterminhandel gegenüber aussprechen, ja es findet sich sogar in einem offiziösen Leitartikel der Norddeutschen Allgem. Zeitung v. 24. 11. 1907 (Nr. 276) bei der Besprechung des Gesetzentwurfs an Hand der Materialien der Hinweis, daß der Börsenterminhandel an ausländ-

[1]) Anm. 2 zu § 58.

[2]) S. 30/31.

[3]) Anm. II b zu § 58 S. 292.

dischen Börsen die Sicherung gegen den Spieleinwand nach dem Willen und Zweck des Gesetzes nicht genießen solle. Ferner ist auch die Bezugnahme auf § 61 BörsG. nicht durchschlagend. Dieser erklärt allerdings auf die im Auslande geschlossenen oder zu erfüllenden Geschäfte die §§ 52—60 für anwendbar, nimmt aber § 58 nicht aus, und dieser verweist seinerseits ausdrücklich auf § 50. Dieser ist, wie schon unter a dargelegt, seine wesentliche Voraussetzung. Wo er keine Geltung hat, da kann auch § 58 nicht eingreifen; denn gerade das in § 50 vorgeschriebene Zulassungsverfahren wird zur Vorbedingung des Ausschlusses des Spieleinwandes gemacht. Aus der gesetzlich genau geordneten Gestaltung jenes Zulassungsverfahrens (§ 50) läßt sich klar erkennen, daß es nur auf inländische Aufsichtsorgane berechnet ist. Da, wo das in § 50 vorgeschriebene Zulassungsverfahren nicht zur Anwendung kommen kann, und das ist naturgemäß bei einer Zulassung an einer ausländischen Börse der Fall, verbietet sich auch eine analoge Anwendung des § 58, weil dadurch wiederum die nach oben unter a erwähnte nicht zulässige Erstreckung des Schutzes des § 58 auf inoffizielle Börsentermingeschäfte, als welche die Auslandsgeschäfte aufzufassen sind, ermöglicht würde. Dieser in der Literatur jetzt herrschenden Ansicht[1]) hat sich

[1]) Bernstein in ZHR. Bd. 62 S. 158 und Komm. Anm. III, 2a S. 262; Jacusiel in LZ. 1908 S. 580; Staub Anm. 93 Exk. zu § 376 S. 760.

auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in verschiedenen Erkenntnissen angeschlossen,[1]) diesen wiederum auch andere Gerichte, so die Oberlandesgerichte Hamburg[2]) und Dresden.[3])

2. Rechtslage der offiziellen Börsentermingeschäfte gegenüber dem Spieleinwand.

Der Einwand des Spielgeschäfts ist nun nicht allgemein versagt, sondern nur jenen Personen, für die das Geschäft nach §§ 53, 54, 57 verbindlich ist.

a) Für uns kommt hiernach zunächst der Fall des § 54 in Betracht. Der Börsenmündige ist nach § 58 Satz 1 an das Geschäft gebunden, auch wenn er nachzuweisen vermag, daß dasselbe von den Parteien lediglich als Spielgeschäft gewollt ist. Dem Börsenunmündigen ist, da für ihn das Geschäft ja nicht verbindlich ist, der Spieleinwand nicht versagt, doch muß er auch bezüglich jener Geschäfte, hinsichtlich deren der Spieleinwand Platz greift, dem Börsenmündigen gestatten, sich aus der ordnungsmäßig bestellten Sicherheit zu befriedigen (§ 58 Satz 2). Die Gültigkeit der Sicherheitsbestellung kann also nicht durch den Spieleinwand des Börsenunmündigen in Frage gestellt werden, sondern soweit er Sicherheit geleistet hat, greift der Spieleinwand gegenüber dem Börsenmündigen nicht durch, wohl

[1]) Bd. 76 S. 371—373, Bd. 79 S. 381 ff.

[2]) SeuffArch. Bd. 67 Nr. 176 S. 316 ff.

[3]) Bankarchiv Bd. 10 S. 190.

aber so weit, als die Ansprüche des Börsenmündigen über den Betrag der gestellten Sicherheit hinausgehen.[1]) Fordert hiernach der Börsenunmündige unter Berufung auf den Spielcharakter des Geschäfts die Sicherheit zurück, kann der Börsenmündige der Klage mit der Einrede aus § 58 Satz 2 BörsG. begegnen, und begehrt der Börsenmündige vom Börsenunmündigen, die Zwangsvollstreckung in die ihm, dem Börsenmündigen, bestellte Sicherheit zu dulden — eine Klage auf Zahlung, also die persönliche Klage, ist dem Börsenmündigen, wie aus den Darlegungen oben § 2 unter 2. a und b hervorgeht, an sich versagt, der Klagantrag kann nur auf den gewissermaßen „dinglichen“ Anspruch abgestellt werden,[2]) wobei darauf hingewiesen sein mag, daß eine solche Klage mit Rücksicht auf die in der Praxis zumeist vorkommende Art der Befriedigung aus der Sicherheit (oben § 2, 3.) sehr selten vorkommen wird —, so kann er gegenüber dem etwaigen Spieleinwand des Börsenunmündigen die Replik aus § 58 Satz 2 entgegensetzen.

b) Im Falle des § 57, in dem das Börsentermingeschäft durch Erfüllungsannahme ex tunc vollwirksam geworden ist, ist beiden Vertragsteilen der Spieleinwand, gleichfalls ex tunc, entzogen, so daß sich nicht etwa ein Bürge darauf berufen kann, daß das Geschäft ur-

---

[1]) RG. Bd. 79 S. 381, insbes. S. 383.

[2]) So auch Neukamp Anm. 20 zu § 54 S. 240.

sprünglich als ein Spielgeschäft von den Geschäftsparteien gewollt gewesen sei. Denn es liegt ein nachträglich gültig gewordenes, beiderseits verbindliches Börsentermingeschäft vor, bei dem es überhaupt auf die Spielabsicht nicht ankommt.

c) Aus der Bestimmung in § 58 Satz 2 folgt weiter, daß die nach § 56 BörsG. gewährte Befugnis zur einseitigen Aufrechnung von Forderungen aus offiziellen unverbindlichen Börsentermingeschäften gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften durch das Vorhandensein der Voraussetzungen des Spieleinwands nicht berührt wird, m. a. W. gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften kann auch mit Gegenforderungen aus reinen Spielgeschäften aufgerechnet werden.

d) Durch die Bezugnahme auf § 58 BörsG. bestimmt § 59 BörsG., daß die Eingehung einer Verbindlichkeit zur Erfüllung einer Schuld aus einem offiziellen Börsentermingeschäft nicht gegen den Spieleinwand geschützt ist, dafern nur ein Vertragsteil börsenmündig ist, und ebenso wird

e) in § 60 BörsG. durch dessen Bezugnahme auf § 58 BörsG. bestimmt, daß Aufträge und Vereinigungen zum Zwecke des Abschlusses offizieller Börsentermingeschäfte gegen den Spieleinwand nicht gefeit sind, wenn nur ein Vertragsteil börsenmündig ist.

f) Das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann auch nicht mittels des Spieleinwandes zurückgefordert werden. § 58 verweist zwar nicht auf § 55, und dieser

schließt auch die Rückforderbarkeit der Leistung nur für das Börsentermingeschäft aus, nicht für das Spielgeschäft, es ergibt sich aber aus § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB., der inhaltlich mit § 55 BörsG. übereinstimmt.[1])

§ 10.

Der Spieleinwand beim inoffiziellen Börsentermingeschäft.

1. Allgemeines.

Wie schon in § 9, 1. gesagt, bezieht sich § 58 BörsG. nicht auf die inoffiziellen Börsentermingeschäfte, der Spieleinwand ist bei ihnen zugelassen, hierher gehören auch die an einer ausländischen Börse abgeschlossenen (vgl. oben § 9, 1. b). Der Grund hierfür ist der, daß der ohne vorherige Prüfung der Bedürfnisfrage und nach freigebildeten Geschäftsbedingungen sich abspielende Börsenterminhandel ein besonderes Anrecht auf den besonderen Schutz des § 58 vom gesetzgeberischen Standpunkte aus nicht hat.[2])

2. Rechtslage der inoffiziellen Börsentermingeschäfte gegenüber dem Spieleinwand.

Sonach kann

a) im Falle des § 54 der Börsenmündige sowohl wie der Börsenunmündige den Spieleinwand geltend

---

[1]) vgl. hierzu Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. I Anm. 40 S. 371, Anh. II Anm. 108 S. 436.

[2]) Mot. S. 31.

machen, letzterer der Befriedigung des Börsenmündigen aus der Sicherheit widersprechen bezw. die Sicherheit zurückfordern. Hier kommt Hemptenmacher, wie schon oben in § 9, 1. a angedeutet, infolge seiner Ansicht, daß sich § 58 Satz 2 auf den inoffiziellen Börsenterminhandel beziehe, notwendigerweise zu dem Schlusse,[3]) daß beim inoffiziellen Börsentermingeschäft der Börsenunmündige gegenüber den Forderungen des Börsenmündigen bis zum Betrage der Sicherheit wegen § 54 Abs. 1 BörsG. weder den Einwand der mangelnden Börsenmündigkeit noch wegen § 58 Satz 2 den des Spiels erheben könne, wohl aber könne der Börsenmündige gegen Forderungen des Börsenunmündigen den Spieleinwand, der ihm nach § 58 Satz 1 nur für den offiziellen Börsenterminhandel entzogen sei, erheben und dieser sich auch nach § 58 Satz 2 aus der Sicherheit befriedigen, wohingegen die weitere Vorschrift des § 54, daß auch der Börsenmündige voll verpflichtet sei, nach dem Wortlaut des § 58 Satz 2 nicht einschlage, woraus sich eine Schlechterstellung des Börsenunmündigen ergebe. Wie schon früher dargelegt, ist die Anschauung Heptenmachers allgemein in der Literatur und Rechtsprechung abgelehnt worden,[2]) und sie entspricht m. E. auch wegen der eben hier angeführten Folgen so wenig der ganzen

---

[1]) Anm. 3 zu § 58 S. 200/01.

[2]) s. auch neuerlich RG. in WarneyersRspr. 7. Jahrg. 1914 Nr. 157 S. 214/15.

Tendenz des Gesetzes, welches sich ganz besonders den Schutz des Publikums angelegen sein läßt, daß ihr nicht beigetreten werden kann. Die oft zur Unterstützung von Hemptenmachers Ansicht herangezogenen Ausführungen Wildhagens[1]) betreffen, was anscheinend vielfach verkannt wird, den Entwurf, dessen Wortlaut war: „Soweit ein solcher Einwand zulässig bleibt", nicht aber die jetzige Fassung, die die Kommission erst in ihrer im März 1908 stattgefundenen 2. Lesung angenommen hat.

b) Wenn die Voraussetzungen des § 57 BörsG. gegeben sind, das Börsentermingeschäft also von einer Seite mit des anderen Zustimmung effektiv erfüllt worden ist, so scheidet der Spieleinwand, wie oben § 9, 2. b erwähnt, schon um deswillen aus, weil der Regel nach als erwiesen zu gelten hat, daß das Geschäft von vornherein nicht als Spielgeschäft, sondern als ernsthafter Kauf gewollt war.[2]) Immerhin ist es denkbar, daß von den Parteien ursprünglich ein Spielgeschäft gewollt, dieses aber nachträglich durch Effektiverfüllung in ein ernsthaftes Kaufgeschäft umgewandelt wird. In diesem Falle wird der Ungültigkeitseinwand nach § 57 in Verb. mit § 52 BörsG. mit Wirkung ex tunc, der Spieleinwand aber nur mit Wirkung ex nunc beseitigt, so daß ein etwaiger Bürge den Spieleinwand infolge der Verein-

---

[1]) DJZ. 1907 S. 1276 ff., insbes. S. 1281/82.

[2]) Nußbaum Anm. IV zu § 57 S. 290/91.

barung der Geschäftsparteien nicht verliert.[1]) Denn das Geschäft, das durch Erfüllungsannahme als ein von Anfang an vollverbindliches gilt, ist gleich jedem anderen gemäß § 53 BörsG. vollverbindlichen inoffiziellen Börsentermingeschäft so lange dem Spieleinwand ausgesetzt, bis die Erfüllungshandlung vorgenommen worden ist.

c) Schließlich ist noch hinsichtlich der einseitigen Aufrechnung zu erwähnen, daß der Aufrechnungsgegner sich auf den Spielcharakter der aufgerechneten inoffiziellen Terminforderung berufen kann, auch dann, wenn sein Gegenanspruch ebenfalls aus einem Spielgeschäft herrührt, dieses dem Spieleinwand aber, weil es ein offizielles Börsentermingeschäft ist, entzogen ist.[2])

d) Das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann auch hier nicht mittels des Spieleinwandes zurückgefordert werden (vgl. § 9, 2. f.).

§ 11.

Schlußbetrachtung.

Der Vertreter der verbündeten Regierungen hat in einer der letzten Reichstagssitzungen, in der die Beratung über die Börsengesetznovelle stattfand, dem Zweifel Ausdruck gegeben, ob diese die ihr zugefallene

---

[1]) So auch Staub Anm. 94 Exk. zu § 376 S. 761 und Nußbaum in ZHR. Bd. 72 S. 82.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anh. II Anm. 150 S. 455; Nußbaum Anm. IV zu § 58 S. 294.

Aufgabe in der Vollendung lösen werde. Dieser Zweifel mag zwar hinsichtlich mancher, zum Teil für unsere Arbeit nicht weiter in Betracht kommenden Vorschriften nicht unberechtigt erscheinen. Doch ist das der Novelle hauptsächlich gestellte hohe und weitgehende Ziel, eine endgültige und klare Regelung der börsenmäßigen Zeitgeschäfte herbeizuführen, zum größten Teile und gut erreicht worden. Die Beseitigung der großen Mängel des Börsengesetzes von 1896, insbesondere die Preisgabe der zweckwidrigen Einrichtung des Börsenregisters und die Abschaffung des Spiel- und Differenzeinwandes gegenüber offiziellen Börsentermingeschäften, bedeutet allein schon eine große Verbesserung. Zugleich liegt hierin ein Fortschreiten auf dem Wege zu der Erkenntnis, daß das Börsentermingeschäft in gewissem Maße durchaus seine wirtschaftliche Berechtigung hat. Anderseits ist der Charakter des Gesetzes als eines großen Schutzgesetzes hinreichend gewahrt. Denn dieser mußte aufrecht erhalten werden und damit zugleich eine verständige Einschränkung der Spekulation, da ja alle von vielen Seiten gewünschte Belehrung und Aufklärung des Publikums über die Vorgänge an der Börse wenig Erfolg in dieser Richtung, nämlich dem Bekämpfen des Überhandnehmens einer übertriebenen Spekulation, versprechen, denn, wie Ehrenberg in seinem Werk: Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung S. 217 sagt, „muß man dem Wahn entsagen, zu glauben, daß irgendwelche Belehrungen und Erfahrungen ein wirksames

Gegengewicht bilden können gegen den unausrottbaren Hang der meisten Menschen nach raschem, mühelosem Gewinn". So erscheint insbesondere die in § 54 getroffene Regelung des beschränkt verbindlichen Börsentermingeschäfts eine glückliche Lösung der hier in Betracht kommenden Schwierigkeiten. Sie trägt einem wirtschaftlichen Bedürfnis des Publikums zur Benutzung des Börsenterminhandels ebensowohl Rechnung wie der Aufgabe des Staates, übermäßige Verluste des einzelnen und eine schädliche Beeinflussung des Marktes zu verhüten.

In Würdigung all dieser Umstände haben auch die meisten deutschen Großbanken, so insbesondere die Deutsche Bank und die Diskonto-Gesellschaft, in ihren letztjährigen Geschäftsberichten die Novelle als das nach Lage der Verhältnisse bestmögliche Reformwerk begrüßt, wenn auch vereinzelte Stimmen, so namentlich die der Allgemeinen Deutschen Kredit-Anstalt im Geschäftsbericht für 1908 S. 6, laut geworden sind, die die neuen Bestimmungen nicht für sehr befriedigend erklären.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.